Münster 1936 No //
Jur DiSS

Die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes in Prozessen der Frau.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der rechtswissenschaftlichen
Doktorwürde einer Hohen Rechts- und
Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
vorgelegt von

Referendar Carl-Heinz Johanny
aus Neumagen an der Mosel

1936

Druck: Heinrich Buschmann, Münster i. W., Drubbel

Dekan: Prof. Dr. Neuwiem
Referent: Prof. Dr. Rosenfeld

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547203_0185

Abkürzungen der benutzten Sammlungen und Zeitschriften.

ArchzivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.

Bayr. Ztschr. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

DJZ = Deutsche Juristen-Zeitung.

GruchBeitr. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

HansGBl. = Hanseatische Gerichtszeitung, Civil. Beibl.

Hess. Rspr. = Hessische Rechtsprechung.

JW = Juristische Wochenschrift.

KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Lp. Ztschr. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

Recht = Das Recht, herausgegeben von Lindemann und Soergel.

RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen mit Band und Seitenzahl.

RGStr = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen mit Band und Seitenzahl.

Rspr. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

SächsArch. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.

SeuffArch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Warn. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

ZZP. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Inhaltsübersicht

Seite

Einleitung.

§ 1. I. Allgemeines über Prozeßkosten und Kostenvorschuß . 1
§ 2. II. Geschichtliches zur Frage der Kostenschuldenhaftung und Kostenvorschußpflicht des Ehemannes 2

Hauptteil.

1. Abschnitt.

Die Rechtsgrundlagen der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes:

§ 3. A) Uebersicht über den Stand der Frage 5
B) Die verschiedenen Theorien zum Problem der Kostenvorschußpflicht:
§ 4. I. Die Unterhaltstheorie. — Kritik und Würdigung . . 6
II. Die Güterrechtstheorie:
1. Die Kostenvorschußpflicht im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung:
§ 5. a) Darstellung der Gedanken der Güterrechtstheorie 14
§ 6. b) Kritik der Güterrechtstheorie und ihrer Gegner. Stellungnahme zum güterrechtlichen Kostenvorschußproblem: 18
α) Die Kostenvorschußpflicht im allgemeinen: . 18
aa) Der Begriff des Rechtsstreits gem. § 1387 Nr. 1 BGB . . . . . .
bb) Der Kostenbegriff des § 1387 Nr. 1 BGB .
cc) Das Verhältnis von Kostentragungspflicht und Kostenvorschußpflicht . . . . .
dd) Die Kostenvorschußpflicht des Mannes im Verhältnis zu seiner Frau und im Verhältnis zu den Kostengläubigern der Frau . .
β) Die Kostenvorschußpflicht in den verschiedenen Prozessen der Frau 24
aa) Allgemeine Hervorhebung der einzelnen möglichen Fälle . . . . . .
bb) Die Kostenvorschußpflicht in Ehegattenprozessen 25
§ 7. 2. Die Kostenvorschußpflicht innerhalb der vertraglichen Güterstände des BGB 32
a) im Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft 32
b) im Güterstand der Errungenschaftgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft 35

§ 8. 3) Die Kostenvorschußpflicht im Güterstand der Gütertrennung 37
§ 9. III. Die Gewohnheitsrechtstheorie. — Kritik und Würdigung 38

2. Abschnitt.

Einzelfragen von besonderer Bedeutung:

§ 10. A) Gegenstände der Haftung des Mannes für seine Kostenvorschußverpflichtung 40
§ 11. B) Abgrenzende Beschränkungen bezüglich der Höhe der Kostenvorschußpflicht 42
§ 12. C) Pfändbarkeit und Aufrechenbarkeit des Kostenvorschuß-Anspruches der Frau 43
§ 13. D) Der Einfluß des Armenrechts auf die Kostenvorschußpflicht des Mannes 46

3. Abschnitt.

Die Durchsetzung des Kostenvorschußanspruchs:

§ 14. A) Die allgemeine Möglichkeit der Geltendmachung . . 50
§ 15) B) Die prozeßrechtlichen Mittel der Geltendmachung . . 52
I. Die Klage 52
II. Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung . . 53

Anhang.

§ 16. A) Der Einfluß des Armenrechts auf die Kostenvorschußverpflichtung des Ehemannes im Ehegattenprozeß.
I. beim Armenrecht der Frau 56
II. beim Armenrecht des Mannes 57
§ 17. B) Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Eheprozeß 58

Einleitung.

§ 1. Allgemeines über Prozeßkosten und Kostenvorschuß.

Zur Einführung in das schwierige und sehr umstrittene Problem der sogen. Kostenvorschußpflicht des Ehemannes gegenüber seiner Frau erscheint es von nicht untergeordneter Bedeutung zu sein, zunächst einmal das Wesen der Prozeßkosten als solcher und des aus ihnen entspringenden Kostenvorschusses einer kurzen Erläuterung zu unterziehen.

Ganz allgemein sind die Prozeßkosten Aufwendungen der Parteien aus Anlaß und zum Zwecke der Prozeßführung [1]). Sie entstehen als Forderungen des Gerichts oder als Ansprüche außergerichtlicher Organe der Rechtspflege wie Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher oder in sonstiger Weise z. B. durch notwendige Reisen der Parteien und ähnliche Unkosten derselben. Was die erstere Art der Prozeßkosten, also die eigentlichen Gerichtskosten angeht, so werden sie, abgesehen davon, daß ein Teil derselben erhoben wird zur Deckung der durch das Verfahren speziell entstehenden Aufwendungen des Gerichts (gerichtliche Auslagen), zur Hauptsache geschuldet als öffentlich-rechtliche Gegenleistung der Prozeßparteien für die Inanspruchnahme der staatlichen Einrichtungen der Rechtspflege. Ebenso stellen die Gebühren der Rechtsanwälte [2]) und Gerichtsvollzieher nichts anderes dar als das Entgelt für ihre Tätigkeit.

Während nun aber nach den Grundsätzen des privaten Rechts in den Rechtsverhältnissen, in denen sich Leistung und Gegenleistung synallagmatisch gegenüberstehen, grundsätzlich das Zug-um-Zug-Leistungsprinzip [3]) gilt, d. h. daß keine Leistung vor der anderen erbracht zu werden braucht, ist sowohl für die Gerichtskosten als auch für die Kosten der Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher eine anderweitige gesetzliche Regelung getroffen. Die Parteien haben dieselben von vornherein vor jeglichem Tätigwerden des Gerichts, Anwalts bzw. Gerichtsvollziehers zu entrichten. Sie werden als sogen. Kostenvorschuß geschuldet. Die

[1]) Vgl. Stein-Jonas I vor § 91.
[2]) Vgl. Fleiner § 27 I, 2; Rittmann-Wenz, Einl. II 1 u. 3.
[3]) § 320 BGB.

maßgebenden Bestimmungen enthalten die §§ 71—73 GKG. Entsprechend bestimmt der § 21 GerVollzGebO, daß die Gebühren des Gerichtsvollziehers ebenfalls vorschußweise zu leisten sind. Während das Verhältnis der Partei zu letzterem öffentlich-rechtlicher Natur ist [4]), beruhen die Beziehungen, in denen die einen Anwalt beauftragende Partei zu diesem steht, auf einem privatrechtlichen Vertrag gemäß § 611 BGB, bei welchem an sich die Vergütung nach § 614 BGB erst nach der Leistung der Dienste fällig werden würde. Aber auch hier gilt in Abweichung von diesem Grundsatze des BGB das Vorleistungsprinzip, wie sich aus der Bestimmung des § 84 RAGebO ergibt, nach dem der Rechtsanwalt bereits vor seinem Tätigwerden Anspruch auf einen angemessenen Honorarvorschuß hat.

Der Rechtsschutzsuchende sieht sich also einem Zustand gegenüber, der zwar einerseits diktiert wird von der Notwendigkeit der Sicherung der Prozeßkostengläubiger, auf der anderen Seite jedoch als wenig ideal bezeichnet werden muß, da er die Rechtsverfolgung des Unbemittelten ganz wesentlich erschwert, ja u. U. sogar unmöglich macht. Das Institut des Armenrechts mit seinen im § 114 ZPO aufgestellten wahrlich nicht leichten Anforderungen kann demgegenüber nur als ein Behelf angesehen werden, der zwar in vielen Fällen die Feststellung und Durchsetzung von Rechtsansprüchen ermöglicht, in fast ebensovielen Fällen aber versagt, nämlich dann, wenn der Richter nicht die Ueberzeugung erlangt, daß der Rechtsstreit, den der Unbemittelte anzustrengen beabsichtigt, hinreichende Aussicht auf Erfolg verspricht.

Es ist daher gerade unter Zugrundelegung der letzteren Gedanken verständlich, wenn der Versuch unternommen worden ist, der einen Rechtsstreit führenden Ehefrau die Möglichkeit zu seiner Durchführung zu gewähren, ohne daß dieselbe hierbei durch mangelnde Geldmittel gehemmt ist, indem der Ehemann für verbunden erachtet werden soll, der Frau die erforderlichen Mittel bereitzustellen. Damit ist bereits die Hauptfrage der nachfolgenden Erörterungen angedeutet. Ob und inwieweit eine solche Pflicht des Mannes gegenüber seiner Frau sich aus dem Gesetz rechtfertigen läßt, und in welcher Weise evtl. ihre Durchsetzung erfolgen kann, wird aus den nachfolgenden Erörterungen zu entnehmen sein.

§ 2. Geschichtliches.

Bevor wir uns aber mit dem eigentlichen Streit der Meinungen befassen werden, soll zunächst ein kurzer geschichtlicher Rückblick in der Frage der Prozeßkostenschuldenhaftung und der Kostenvorschußpflicht des Mannes gehalten werden.

---

[4]) RGZ 82/85 ff.

Dem römischen Recht und ebenso dem germanischen Recht waren diese Begriffe fremd. Das altrömische Recht ging aus von der vollständigen Verneinung der rechtlichen Selbständigkeit der Frau, was zur notwendigen Folge hatte, daß die Frau Prozesse anzustrengen nicht in der Lage war. Für alle Klagen, die im Falle ihrer rechtlichen Selbständigkeit an sich die Frau erhoben hätte oder die sich gegen die Frau gerichtet hätten, war der Mann aktiv bzw. passiv legitimiert. Er hatte daher auch, da er ja kraft eigenen Rechts die Prozesse der Frau betrieb, etwa entstehende Kosten selbst zu tragen, sodaß also, da es Kosten der Frau nicht gab, auch nicht von der hier zur Rede stehenden Verpflichtung des Mannes gesprochen werden konnte. Als im späteren römischen Recht die Frau als vermögensfähiges Rechtssubjekt anerkannt wurde und sie dementsprechend vollständig handlungs- und prozeßfähig geworden war, führte diese Selbständigkeit konsequenterweise so weit, daß die Frau auch alleinige Kostenschuldnerin wurde. Nur ihr Vermögen haftete für die aus ihren Prozessen erwachsenen Kosten, sodaß der Mann mit diesen Kostenschulden nicht das geringste zu schaffen hatte.

Im germanischen Recht war die Frage nach der Kostenschuldenhaftung des Mannes zunächst deshalb völlig müßig, weil anfänglich die Rechtspflege grundsätzlich unentgeltlich ausgeübt wurde [5]). Nach dem Aufkommen des Begriffs der Prozeßkosten war dann derselbe Rechtszustand wie im römischen Recht gegeben, nämlich daß die Frau für alle Kosten, die aus ihren Prozessen entstanden, mit ihrem Vermögen haftete. Der Mann konnte dafür nicht in Anspruch genommen werden.

Erst im späteren Verlauf der Entwicklung, insbesondere als die Prozeßfähigkeit der Frau wenigstens zum großen Teil [6]) anerkannt wurde, war fast in allen deutschen Rechten übereinstimmend eine Regelung getroffen, die den Mann verpflichtete, die der Frau auferlegten Prozeßkosten zu tragen. Diese Haftung des Mannes für Kostenschulden der Frau war jedoch zunächst nur so geregelt, daß der Mann gehalten war, dieselben aus dem in seinen Händen befindlichen Vermögen der Frau zu begleichen. Dann wurde dieser Grundsatz dahin erweitert, daß dem Mann die Verpflichtung auferlegt wurde, falls die Frau einen Prozeß anstrengte, sei es gegen ihn oder gegen einen Dritten, die Kosten dieses

---

[5]) Dies ergab sich einmal aus der Tatsache, daß zu einer Zeit, als sich das Rechtsleben noch in einfachen Formen bewegte, die Aufwendungen für die gerichtliche Tätigkeit nur gering waren. Zudem war allgemein die Auffassung von der Heiligkeit der richterlichen Funktionen verbreitet, nach der eine Bezahlung hierfür ebensowenig zugegeben werden konnte, wie für eine religiöse Handlung.

[6]) So war noch im A. L. R. die Frau in ihrer Prozeßfähigkeit stark beschränkt. (§ 189 II, 1.) Gegen den Mann konnte die Frau allerdings stets selbständig klagen.

Prozesses auch aus seinem eigenen Vermögen sowohl vorzustrekken als auch definitiv zu tragen. Die rechtliche Begründung wurde darin gefunden, daß die Prozeßkosten der Frau zu dem ihr vom Manne zu gewährenden Unterhalt zu rechnen seien [7]). Bei einer derartigen Konstruktion war natürlich die Frage, ob der Mann verpflichtet sei, der Frau die Prozeßkosten vorzuschießen, leicht zu entscheiden. Diese Verpflichtung folgte einfach aus der Alimentationspflicht insofern, als der Mann seiner Frau, wollte er ihr den ihr zukommenden Unterhalt nicht vorenthalten, die Möglichkeit bieten mußte, ihre Vermögens- und sonstigen Rechte mit Hilfe der Gerichte zur Durchsetzung zu bringen. Für den Scheidungsprozeß der Frau wurde dieses im übrigen in § 726 II, 1 A. L. R. ausdrücklich ausgesprochen. Dort hieß es, daß der Mann die Kosten des Scheidungsprozesses auf Verlangen der Frau aus ihrem Eingebrachten und in dessen Ermangelung aus eigenen Mitteln vorzuschießen habe [8]).

Außer im Gebiete des A. L. R. finden wir den Rechtsgedanken, daß die Prozeßkosten zu den Alimenten gehören, und der Mann seiner Frau die Kosten ihrer Prozesse vorzuschießen habe, in fast allen übrigen deutschen Rechtsgebieten vertreten [9]). Der

---

[7]) § 187 II, 1 bestimmte: „Zum Unterhalt der Frau gehören auch die sie betreffenden Kur- und Prozeßkosten".

[8]) Allerdings ergeben sich bei der Auslegung dieser Vorschrift Unklarheiten und Zweifel. So interpretiert Koch A. L. R. III S. 256 den Satz des Paragraphen dahin, daß das Gericht nicht befugt sei, ohne dieses Verlangen der Frau vom Manne einen Kostenvorschuß einzufordern. Das Zahlungsmandat müsse zunächst an die klagende oder in die Kosten verurteilte Frau gerichtet werden. Der Frau stehe es dann frei, das Gericht an den Mann zu verweisen.

Diese Auslegung gibt jedoch zu den stärksten Bedenken Anlaß. Denn wenn dies richtig wäre, würde sich ergeben, daß das Gericht seine Gebühren und Auslagen im Falle des Zahlungsunvermögens der Frau dann nicht bezahlt erhalten haben würde, wenn die Frau nicht wollte, daß der vielleicht sehr vermögende Mann in Anspruch genommen werde. Eine derartige Interpretation erscheint auch schon deswegen unzutreffend, weil der Gesetzgeber nicht daran gedacht haben kann, die Entscheidung darüber, ob das Prozeßgericht die Kostenschuld dem Manne aufbürden dürfe, falls die Frau mittellos sei, oder andererseits die Gerichtskasse darauf hängen bleiben müsse, in das Belieben der Frau zu stellen.

Die einfachste Lösung, die auch nur die einzig richtige sein kann, ist vielmehr die, daß man die Wendung „auf Verlangen der Frau" auf die Worte „aus ihrem Eingebrachten" bezieht, wobei man dann mit Koch a. a. O. übereinstimmend feststellen muß, daß die Fassung des Paragraphen ungeschickt und mangelhaft ist.

[9]) Der Grundsatz, daß Prozeßkosten als Teil des Unterhalts anzusehen seien und der Mann sie deshalb als Ausfluß seiner Unterhaltspflicht vorzuschießen verpflichtet sei, galt sowohl in der gemeinrechtlichen Praxis wie auch im Gebiete des rheinischen Rechts. Vgl. zu ersterem Punkt die Zitate bei Meyerhof a. a. O. S. 693; zu letzterem die Kommentatoren des code civil: Fuzier-Hermann: code civil Note 59 auf S. 361; ebenso Zachariae-Crome: Franz. Zivilrecht IV § 451 Note 9.

Im Gebiete des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuches (vgl. dessen § 1681)

Mann mußte insbesondere auch im Eheprozeß der Frau die Möglichkeit der Rechtsverfolgung gewähren. Jedoch ging die Verpflichtung des Mannes nur dahin, falls er Vermögen der Frau im Besitz hatte, aus diesen Mitteln ihr die Kosten zur Führung des Prozesses vorschußweise zu leisten. Wenn die Frau dagegen überhaupt kein Vermögen besaß, dann konnte sie beanspruchen, daß der Mann ihr die Kosten aus seinem eigenen Vermögen vorstreckte [10]). Allerdings bestanden auch vereinzelt Bestimmungen, wonach die Frau in diesem Falle das Armenrecht nachzusuchen hatte [11]).

Hauptteil.

1. Abschnitt.

Die Rechtsgrundlagen der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes.

§ 3. Uebersicht über den Stand der Frage.

Sogleich nach dem Inkrafttreten des BGB entstand sowohl in der Rechtslehre als auch in der Praxis ein lebhafter Meinungsstreit [12]), ob und inwieweit im nunmehrigen neuen Rechtszustand eine Verpflichtung des Mannes für die Kostenvorschüsse seiner Frau aufzukommen, anzuerkennen sei. Während nämlich, wie sich aus den einleitenden Erörterungen ergibt, vor der Geltungszeit des BGB keinerlei Bedenken in dieser Frage bestanden, da die hier zur Rede stehende Verpflichtung dem Manne nach der ausdrücklichen Regelung der einzelstaatlichen Rechte [13]) auferlegt war, hat das BGB eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen. Das Gesetz erwähnt weder bei den Bestimmungen über die eheliche Unterhaltspflicht [14]) des Mannes gegenüber seiner Frau in irgend einer Weise, daß die Prozeßkosten zum Unterhalt zu rechnen seien, wie dies bis dahin angenommen wurde, noch spricht es bei der Regelung der Kostenschuldenhaftung des Mannes im Güterrecht [15]) ausdrücklich davon, daß der Mann, wenn er die Kosten der Frau endgültig zu tragen hat, auch verpflichtet sei, die Kostenvorschüsse der Frau zu zahlen.

Die bei weitem herrschende Praxis der Gerichte, denen sich zum Teil mit einzelnen Abweichungen die herrschende Rechtslehre angeschlossen hat, vertritt die Ansicht, daß ebenso wie im früheren Rechtszustand in allen Prozessen der Frau, sei es gegen

und des Bay. L. R. Teil I Kap. 4 § 40 war eine besondere Vorschußpflicht, die sich nicht von der Alimentationspflicht des Mannes herleitete, durch gesetzliche Regelung festgesetzt.

[10]) Vgl. Seuffert 13 Nr. 267, RGV Nr. 119.

[11]) Sächs. BGB. § 1678.

[12]) Vgl. im besonderen den Jahrg. 1900 der JW, DJZ. und Recht.

[13]) S. oben S. 3 u. 4.

[14]) § 1360 BGB.

[15]) § 1387 BGB.

ihren Mann, sei es gegen Dritte, der Ehemann der Frau gegenüber zur Leistung von Kostenvorschüssen verpflichtet sei. Im Gegensatz dazu erkennt eine große Anzahl von Schriftstellern sowie auch eine Reihe von Gerichten eine derartige Verpflichtung nicht an. Während die grundlegenden Ausführungen der zuletzt genannten Ansicht mehr oder weniger einheitlich sind, herrscht unter den Vertretern der bejahenden Ansicht eine große Verschiedenheit der Argumentationen; denn nicht nur die gesetzlichen Grundlagen, auf denen sich diese Theorien aufbauen, sind im einzelnen voneinander ganz verschieden, sondern es bestehen unter ihren Anhängern auch mannigfache Zweifel über eine nicht unbeträchtliche Anzahl sonstiger Fragen von materiell-rechtlicher Bedeutung. Die wichtigsten Streitfragen in dieser Hinsicht sind die Fragen über den Umfang der Kostenvorschußpflicht, die Bedeutung des Armenrechts für das Bestehen dieser Verpflichtung, ferner die Frage, welche Vermögenswerte für den Kostenvorschußanspruch der Frau haften und ferner, ob dieser Anspruch der Pfändung oder Aufrechnung unterliegt. Schließlich ergeben sich in prozeßrechtlicher Beziehung zahlreiche Unklarheiten bezüglich der Frage der Verwirklichung des Kostenvorschußanspruchs im Wege der in der Praxis fast ausschließlich angewandten einstweiligen Verfügung.

§ 4. Die Unterhaltstheorie.

Kritik und Würdigung.

Unter den Theorien, welche die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes bejahen, heben sich in grundsätzlichem Gegensatz zueinander drei verschiedene Gruppen ab, die lediglich in dem Ergebnis übereinstimmen, im übrigen aber — das gilt insbesondere von der ersten einerseits und den beiden übrigen andererseits — einander vollständig ablehnen.

Als die erste dieser drei Gruppen haben wir zunächst die sogen. Unterhaltstheorie [16]) zu nennen, deren Bezeichnung daher rührt, daß sie in Anlehnung an das frühere Recht die Kostenvorschußpflicht als Ausfluß der ehelichen Unterhaltspflicht ansieht. Als gesetzliche Grundlage dient dieser Theorie § 1360 BGB, der bestimmt, daß der Mann seiner Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren hat.

Zur Begründung wird folgendermaßen argumentiert: [17]).

Der Inhalt und Umfang der Unterhaltungsverpflichtung des Mannes gemäß § 1360 BGB bestimme sich, da es das Gesetz unterlassen habe, eine eingehende Definition des Unterhaltsbe-

[16]) Diese Ansicht wird vertreten von: Meyerhoff in JW 1900/690 ff; Hellwig; System, Teil II § 245. VI, 2 a; Schäfer in Bayr. Ztschr. 1906/93; Dengel a. a. O. § 15, 16, 17;LG Mainz in Hess. Rspr. 1900/155 ff.

[17]) Meyerhoff a. a. O. S. 694

griffes zu geben, nach den Maßstäben, die bisher an diesen Begriff gelegt worden seien. Bis zum Inkrafttreten des BGB hätten in allen Oberlandesgerichtsbezirken des Deutschen Reiches, mit einer Ausnahme [18]), die der Frau aus ihren Prozessen entstandenen Kosten als Teil des vom Manne zu gewährenden Unterhalts gegolten [19]). Es sei daher nicht einzusehen, weshalb nach dem neuen Rechtszustand die Auffassung, was zum Unterhalte gehöre, eine andere geworden sei [20]). Zum standesgemäßen Unterhalt, wie ihn § 1360 BGB vorschreibe, gehörten doch selbstverständlich nicht nur die erforderlichen Nahrungsmittel, sondern auch Ausgaben zur Pflege des Körpers und Ausgaben für Vergnügungen und Zerstreuungen, sofern sie in concreto als standesgemäß angesehen werden könnten. Insoweit es aber in logischer Fortführung dieser Gedanken nicht als standesgemäß gelten könne, daß die Frau zur Durchführung ihrer Rechte das Armenrecht in Anspruch nehme, wodurch sie gezwungen sein würde, sich des Beistandes eines Armenanwalts zu bedienen, umfasse nach dem Inhalt des § 1360 die Unterhaltspflicht des Mannes auch die Pflicht, die Frau mit angemessenen Kostenvorschüssen zu versehen. Zwar ständen die Motive [21]) auf einem anderen Standpunkt, indem sie ausdrücklich erklärten, Prozeßkosten gehörten nicht zum Unterhalt. Sie seien jedoch außer Acht zu lassen, da sie von völlig falschen Voraussetzungen ausgingen. Dies gehe daraus hervor, daß dort die Behauptung aufgestellt sei, Prozeßkosten hätten nach bisherigem Recht nicht als Teil des Unterhaltes gegolten und die Prozeßkostenvorschußpflicht sei eine gänzlich veraltete partikularrechtlich entwickelte prozeßrechtliche Vorschrift. Da aber die Materialien hier in ihren Voraussetzungen irrten, so seien sie bei der Auslegung des Gesetzes außer Acht zu lassen.

Außerdem wird noch betont, daß dieses Ergebnis durchaus der Natur der Sache entspreche. Wenn die Literatur auf einem abweichenden Standpunkt stehe, so habe dies darin seinen Grund, daß die Motive nicht mit der nötigen Kritik nachgeprüft seien.

Nach dieser Theorie sollen im übrigen, wie ausdrücklich erklärt wird [22]), güterrechtliche Gesichtspunkte keine Berücksichtigung finden dürfen, da sich bei der praktischen Durchführung des Kostenvorschußanspruches, würde man von den güterrechtlichen

[18]) Im Gebiete des Sächs. BGB: § 1681 Sächs. BGB. bestimmte: „Wenn in einem Rechtsstreit zwischen den Ehegatten auf Seiten der Ehefrau Kosten entstehen, so sind sie aus deren vorbehaltenem Vermögen, und soweit dieses nicht ausreicht, aus dem Stamme ihres übrigen Vermögens zu zahlen".

[19]) Vgl. oben S. 3 ff.

[20]) Vgl. außerdem Schäfer a. a. O., der erklärt, dem Wortlaut des Gesetzes stehe nicht entgegen, den Unterhaltsbegriff auf die Prozeßkosten auszudehnen, denn was zum Unterhalt gehöre, sei im Gesetz nicht ausgesprochen; die Festlegung des Begriffs sei also der Wissenschaft überlassen.

[21]) Bd. IV, S. 125, 640, 696.

[22]) Meyerhoff a. a. O. S. 690.

Bestimmungen ausgehen, Schwierigkeiten ergäben [23]). Teilweise wird auch darauf hingewiesen [24]), daß die güterrechtlichen Bestimmungen deswegen auszuscheiden hätten, weil sie im § 1387 lediglich vom Tragen der Prozeßkosten sprächen, während von Vorschußleistungen nirgends die Rede sei.

Diese vorstehend dargestellte Theorie läßt sich jedoch bei kritischer Würdigung nicht aufrecht erhalten, da sie von unrichtigen Voraussetzungen ausgeht. Zunächst ist festzustellen, daß die Schlußfolgerung, es sei nicht einzusehen, weshalb der Unterhaltsbegriff des BGB ein anderer sein solle als der bisherige, da das Gesetz sich ja nicht ausdrücklich von dem früheren Rechtszustand abgewandt habe, nicht zu einer Lösung der Frage geeignet ist. Ganz offenbar ist hierfür der Gedanke maßgebend, daß der Begriff des Unterhalts ebenso wie etwa gewisse unumstößliche und für alle Zeiten unveränderliche Rechts- und Lebensbegriffe, wie beispielsweise der Begriff der Ehe und dergl., eine einmalig festgelegte Norm sei, an deren Inhalt kein neues Gesetz jemals zu rütteln vermöge. Eine solche Deduktion ist jedoch abwegig; denn es muß natürlicherweise jedem Gesetzgeber freistehen, will man ihn auch aus dem Wesen der Ehe heraus für gebunden erachten, überhaupt eine eheliche Unterhaltspflicht festzusetzen, so doch Umfang und Inhalt derselben nach seinen besonderen Absichten und den den jeweiligen Zeiterfordernissen angepaßten Erwägungen heraus verschieden auszugestalten.

Stellen wir nun die Frage, mit welchem Inhalt das Gesetz in § 1360 die Unterhaltspflicht des Mannes ausgestattet hat, so kommen wir allerdings zu einer weiten Auslegung der Vorschrift in dieser Hinsicht. Der Begriff des Unterhalts beschränkt sich nämlich nicht nur auf die Befriedigung der rein körperlichen Bedürfnisse, sondern Zweck und Sinn der dem Mann aufgebürdeten Alimentationslast ist der, demselben die Sorge dafür aufzutragen, „daß es der Frau an nichts gebricht, was zu ihres Leibes und Geistes Nahrung und Notdurft gehört" [25]). Die Unterhaltspflicht umfaßt danach die Gewährung des gesamten Lebensbedarfs. Dazu gehört zweifellos alles, was die Frau zu ihrer Existenz braucht, also außer Nahrung, Kleidung, Wohnung, Heizung etc. auch alles, was zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit nötig ist, wie Arztkosten, Aufwendungen für Erholungskuren usw. Daneben kann die Frau auch je nach den individuellen Verhältnissen der ehelichen Lebensgestaltung Befriedigung ihrer geistigen Bedürfnisse verlangen, wie Kauf von Büchern, Besuch von Theater und Konzert usw. Legt man diesen weiten Unterhaltsbegriff unsern

[23]) Vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 50 ff.

[24]) Hellwig, System II § 245, VI 2 a, der sich im übrigen den Ausführungen Meyerhoffs inhaltlich übereinstimmend anschließt.

[25] Schanze in ArchzivPr. Bd. 69 S. 243 ff.

Untersuchungen zugrunde, dann kann es für sich allein betrachtet immerhin zweifelhaft erscheinen, ob nicht der Schutz der persönlichen Rechte der Frau ein ebenso berechtigtes Bedürfnis ist wie der zur Erhaltung des körperlichen Wohlbefindens notwendige Unterhalt, sodaß danach gefolgert werden könnte, daß die ehemännliche Unterhaltspflicht tatsächlich jene Schutzpflicht mit in sich begreifen würde. In Wahrheit aber steht eine solche Schlußfolgerung mit dem Sinn des Gesetzes nicht in Einklang. Zunächst geht dies aus den in den Motiven [26]) niedergelegten Absichten der Gesetzesverfasser hervor, in denen wörtlich zum Ausdruck gekommen ist, daß eine Pflicht des Mannes zur Gewährung von Prozeßkostenmitteln an die Frau niemals Ausfluß seiner Unterhaltsverpflichtung sein könne. Hier erhebt sich allerdings die Frage, welcher Wert den Materialien in bezug auf die Gesetzesinterpretation beizumessen ist [27]). Denn nicht in allen Fällen können dieselben als absolut sicheres Mittel für die Auslegung in Betracht gezogen werden. Vielmehr ist die Forderung aufzustellen, daß einmal der aus ihnen herzuleitende Gedanke im Gesetz zum Ausdruck gekommen sein muß und daß weiterhin nicht der Wortlaut des Gesetzes sowie der logische Zusammenhang des sonstigen Gesetzesinhalts gegen den aus ihnen zu ergründenden Sinn spricht [28]). Werden die Materialien daher mit der durch diese Norm gebotenen Vorsicht benutzt, so stellen sie eine außerordentlich wertvolle Auslegungsquelle dar.

Daß unter diesen Voraussetzungen die Motive, insoweit sie zum Ausdruck bringen, Prozeßkosten dürften nicht mehr wie bisher zum Unterhalt gerechnet werden, da sie begrifflich nicht dazu gehörten [29]), maßgeblich für die Auslegung des Inhalts und Umfangs der Unterhaltspflicht gemäß § 1360 BGB angesehen werden können, ist nicht zu bezweifeln. Es läßt sich nämlich leicht feststellen, daß weder der Wortlaut dieser Vorschrift noch auch der logische Zusammenhang des übrigen Gesetzesinhalts gegen jene Stellungnahme der Motive spricht:

Was den reinen Wortlaut des Gesetzes anbetrifft, so wurde bereits festgestellt, daß der Gesetzgeber es unterlassen hat, eine Definition des Unterhaltsbegriffs zu geben. Die Begriffsauslegung ist der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, und es kann insofern keinem Bedenken unterliegen, daß von einem etwaigen Verstoß gegen die Gesetzesnormen nicht die Rede sein kann, wenn die Motive in der geschilderten Art und Weise ihre Ansicht zu

---

[26]) Mot. IV, S. 125, 640, 696.

[27]) Abzulehnen dürfte insbesondere die ursprünglich von Wächter vertretene Paktentheorie sein, nach welcher angenommen wurde, daß sich die Gesetzgebungsfaktoren stillschweigend auf die in den Materialien entwickelten Grundgedanken geeignet hätten.

[28]) Enneccerus I, 1 § 50.

[29]) Vgl. die oben Anm. 26 angegebenen Stellen der Motive.

diesem Punkte darlegen [30]). Noch klarer wird das Ergebnis bei Prüfung der zweiten Frage, ob nicht etwa aus dem übrigen Gesetzesinhalt zu entnehmen ist, daß der Gesetzgeber die Prozeßkostentragungs- bzw. Prozeßkostenvorschußpflicht aus der Unterhaltspflicht hergeleitet haben wollte. Dazu kann über diese negative Feststellung hinaus sogar gesagt werden, daß das Gesetz eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, daß das hier zur Erörterung stehende Problem überhaupt in keinem Zusammenhang mit der Verpflichtung des Mannes aus 1360 BGB steht. Aus der systematischen Stellung der im Gesetz festgelegten Prozeßkostentragungspflicht des Ehemannes unter den Bestimmungen, welche das eheliche Güterrecht regeln, geht klar hervor, daß der Gesetzgeber jene Frage nur aus dem Gesichtspunkt des jeweils unter den Ehegatten bestehenden Güterrechts behandelt wissen will. Die im einzelnen hierfür maßgeblichen Bestimmungen enthalten die §§ 1387, 1415, 1416 für den gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, die §§ 1459 ff. für die allgemeine Gütergemeinschaft, die §§ 1529 ff. für die Errungenschaftsgemeinschaft, und bezüglich der Fahrnisgemeinschaft wird in den §§ 1549, 1550 auf die beiden vorgenannten Güterstände verwiesen. Diese so durch die einzelnen Güterstände mit Ausnahme der Gütertrennung konsequent durchgeführte Linie in der Kostenhaftungsfrage dürfte die vorangestellte Behauptung, daß für die Frage der Kostenvorschußpflicht ausschließlich das eheliche Güterrecht bestimmend sei, vollauf erhärten. Denn würde diese Materie aus dem Gesichtspunkt der ehelichen Unterhaltspflicht des Mannes zu erwä-

---

[30]) Im übrigen soll hier ergänzend zu den Ausführungen über den Wert der Motive gesagt werden, daß der Einwand, die Motive seien deswegen außer Acht zu lassen, weil sie von falschen Voraussetzungen ausgingen, nicht als stichhaltig angesehen werden kann. Die Motive äußern sich nämlich garnicht in der von der Unterhaltstheorie oben S. 7 angeführten Form über den früheren Rechtszustand. Vergeblich sucht man die zitierte Wendung, die Prozeßkostenvorschußpflicht sei eine gänzlich veraltete partikular-rechtlich entwickelte prozeßrechtliche Vorschrift. Wörtlich heißt es lediglich (Mot. IV, S. 125): „Die abweichenden, in ihrer Tragweite übrigens vielfach bestrittenen Vorschriften des Preuß. A. L. R. II 1. §§ 187—189, welche mit den Bestimmungen des damaligen Prozeßrechts und mit den Bestimmungen über die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Ehefrau zusammenhängen, können vom Standpunkt des gegenwärtigen Prozeßrechts aus nicht mehr als Vorbild dienen". Im übrigen wird sogar an anderer Stelle noch besonders hervorgehoben, (Mot. IV, S. 640) daß nach verschiedenen Rechten eine Kostenvorschußpflicht des Ehemannes festgesetzt war. Es ist deshalb nicht einzusehen, inwiefern die Motive von falschen Voraussetzungen ausgehen sollten, wie behauptet wird. Die Begründung, die diesbezüglichen früheren Vorschriften könnten nicht mehr dem neuen Recht als Vorbild dienen, sind doch wahrlich keineswegs als eine irrige Tatsachenbehauptung zu bezeichnen; denn es wird von den Verfassern der Motive in keiner Weise damit bestritten, daß nach bisherigem Recht die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes als Ausfluß seiner Unterhaltspflicht anerkannt worden war.

gen sein, dann wären jene güterrechtlichen Bestimmungen doch als durchaus überflüssig zu bezeichnen.

Aus dieser letzteren und beweiskräftigsten Schlußfolgerung ergibt sich ohne weiteres, daß selbst wenn man die Motive, deren Heranziehung zur Auslegung nach den obigen Erörterungen in jeder Weise gerechtfertigt erscheint, ausschalten würde, dennoch das Gesetz klar und bestimmt zu erkennen gegeben hat, daß Prozeßkosten nicht zum Unterhalt gehören, und somit alle Konstruktionen, die eine Kostenvorschußpflicht des Mannes auf die Vorschrift des § 1360 BGB zu stützen versuchen, gegen den unzweideutigen Sinn des Gesetzes verstoßen und damit verfehlt sind.

Zu der Einsicht, daß die völlige Ausschaltung der güterrechtlichen Bestimmungen, wie dies bei den zunächst dargestellten Ideen der Unterhaltstheorie versucht wurde, unhaltbar ist, ist man teilweise im Verlauf der weiteren Entwicklung dieser Theorie durchgedrungen [31]). Mit jenen ersteren Ausführungen haben diese neueren [32]) die gesetzliche Grundlage für die Kostenvorschußpflicht in § 1360 BGB gemeinsam und stimmen im Ergebnis vollkommen überein. Sie berufen sich jedoch nicht so sehr auf den früheren Rechtszustand als vielmehr auf allgemein ethische aus dem Wesen der Ehe abgeleitete Gesichtspunkte. Auch setzen sie sich eingehend mit dem ehelichen Güterrecht und seinen diesbezüglichen Vorschriften auseinander.

Die Gedanken, die hier zur Darstellung kommen, sind etwa folgende [33]): § 1387 BGB bestimme, daß der Mann der Frau gegenüber verpflichtet sei, die Kosten eines von ihr geführten Rechtsstreits zu tragen. Wenn er jedoch die Kosten zu tragen habe, dann habe er auch der Frau die Kosten vorzuschießen, denn der Kostenvorschuß sei nichts anderes als ein Teil der Gesamtkosten. Insofern beständen also keine Bedenken. Nun sei aber weiter zu beachten, daß diese Verpflichtung des Mannes, wenngleich sie ihre ausdrückliche Regelung im § 1387 BGB gefunden habe, also in einer Bestimmung, die sich mitten unter den Vorschriften befinde, welche die güterrechtlichen Verpflichtungen des Mannes gegenüber seiner Frau regelten, doch nicht als eine sogen. güterstandsmäßige Verpflichtung desselben betrachtet werden könne. Die Kostentragungs- und somit auch die Kostenvorschußpflicht des Mannes sei vielmehr nichts anderes als ein Ausfluß seiner Unterhaltspflicht [34]), die ihm das Gesetz im § 1360 BGB gegenüber

---

[31]) Dengel a. a. O.

[32]) Die angeführte Schrift Dengels ist im Jahre 1923 erschienen.

[33]) Dengel, a. a. O., §§ 15, 16, 17.

[34]) Dengel bezieht sich a. a. O. S. 74 ausdrücklich auf die Ansicht von Meyerhoff.

seiner Frau auferlegt habe und zwar kraft seiner natürlichen Bestimmung und seiner Vormachtstellung im Erwerbsleben [35]).

Diese Bestimmung sei den gesamten Vorschriften, welche die einzelnen Güterstände behandeln, vorangestellt und solle grundlegend sein. Die nachfolgenden diesbezüglichen Normen — § 1387 und § 1416 Nr. 1 BGB — wollten lediglich, um Unbilligkeiten zu vermeiden, bei genügend vorhandenem Frauengut dieses belasten. Zwar schließe sich der § 1387 unmittelbar den Vorschriften der §§ 1385, 1386 BGB an, welch' letztere dem Mann Lasten auferlegten, die ihn als Ausgleich für das ihm zustehende Recht der Verwaltung und Nutznießung träfen. Dies sei jedoch kein Beweis dafür, daß die Kostenschuldenhaftung des Mannes als Teil seiner Haftung für die Generalunkosten des Frauengutes angesehen werden könne; denn während in den §§ 1385, 1386 der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung ausdrücklich erwähnt sei, schweige § 1387 darüber. Deshalb sei eine Gleichstellung des § 1387 mit diesen beiden vorhergehenden Bestimmungen sehr bedenklich [36]). Wollte man die Grundlage für die Kostenschuldenhaftung des Mannes in den dem Güterrecht zugrundeliegenden Bestimmungen suchen, so würde dies zu dem Ergebnis führen, daß der Mann nicht deshalb hafte, weil er kraft seiner Bestimmung Herr und Beschützer der Frau sei, sondern weil er an ihr vermögensrechtlich interessiert sei. Diese Auffassung entspreche wohl dem Zeitgeist, nicht aber dem Zweck und Ziel eines Kulturvolkes [37]).

Schließlich wird noch darauf hingewiesen, daß die gefundene Lösung schon deshalb richtig sei, weil sie auch eine analoge Haftung der Frau hinsichtlich der Kostenschulden des Mannes im Rahmen des § 1360 II BGB als bestehend erscheinen lasse. Diese Schlußfolgerung entspreche auch der ratio legis [38]).

Als Zusammenfassung ergibt sich somit folgender Grundgedanke dieser letzteren Darstellung:

Der Mann muß primär die Prozeßkosten der Frau tragen und damit auch vorschießen als ein Ausfluß seiner Unterhaltsverpflichtung gemäß § 1360 BGB. Nur insoweit das Gesetz in den Prozessen der Frau eine Verschiebung der Haftung zu Gunsten des Mannes zuläßt bzw. vorschreibt, haben die diesbezüglichen Normen subsidiären Charakter, entsprungen aus dem Gesichtspunkt, Härten und Unbilligkeiten zu vermeiden.

Auch diese letztere Begründung der Kostenvorschußpflicht aus dem Gesichtspunkt des § 1360 BGB muß als unhaltbar be-

---

[35]) Dengel a. a. O. S. 82.
[36]) Dengel a. a. O. S. 73.
[37]) Dengel a. a. O. S. 81.
[38]) Dengel a. a. O. S. 83.

zeichnet werden. Sie ist in Wahrheit nichts anderes als eine Vergewaltigung des Gesetzes. Zur Widerlegung dieser Ausführungen mögen wiederum die voraufgehenden Argumente herangezogen werden. Maßgebend können primär nur die Regeln des Güterrechts sein, die zu der aus den Vorschriften über die allgemeinen Wirkungen der Ehe resultierenden Unterhaltsverpflichtung des Mannes in keiner Beziehung stehen. Insbesondere ist nicht einzusehen, inwiefern es eines Kulturvolkes unwürdig wäre, für die Beziehungen unter den Eheleuten vermögensrechtliche Bestimmungen in Gestalt eines Güterrechts zu schaffen, nach denen auf der einen Seite dem Manne die Verwaltung und Nutznießung des Frauenvermögens obliegt, auf der anderen Seite der Mann dafür der Frau gegenüber gewisse vermögensrechtliche Pflichten hat.

Was im übrigen die Bedeutung des § 1387 BGB im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung anbetrifft, auf welche Vorschrift in diesen hier kritisierten Ausführungen der Unterhaltstheorie ausdrücklich Bezug genommen wird, so kann festgestellt werden, daß dieser Norm als einer der sogen. Lastentragungsbestimmungen der §§ 1384 und 1388 BGB dieselben Erwägungen zugrundeliegen wie den §§ 1385 und 1386 BGB. Diese ganzen Vorschriften hängen eng miteinander zusammen. Würde also der § 1387 BGB als eine güterstandsmäßige Abwandlung der Unterhaltspflicht anzusehen sein, dann müßte folgerichtig dasselbe von den §§ 1385 und 1386 BGB gesagt werden. Daß dieses Ergebnis geradezu absurd wäre, liegt auf der Hand. Wenn nun, um dieser Konsequenz zu entgehen, gesagt wird, der § 1387 BGB habe seinem Wortlaut nach nichts mit den übrigen Lastentragungsbestimmungen gemein, da in ihm der sonst vorhandene Hinweis auf den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung fehle, so kann darauf nur folgendes erwidert werden:

Die Wendung in den §§ 1385 und 1386 BGB: „Der Mann ist der Frau gegenüber verflichtet, für die Dauer der Verwaltung und Nutznießung zu tragen . . .", hat lediglich Bedeutung wegen der zeitlichen Verteilung der Lasten, für welche die Grundsätze des § 103 BGB maßgebend sind, während im übrigen die Dauer der dem Mann obliegenden Verpflichtung sich nach der Dauer seiner Verwaltung und Nutznießung richten soll. Die regelmäßig wiederkehrenden Lasten hat der Mann daher nach dem Verhältnis der Dauer seiner Nutznießung, andere Lasten dann zu tragen, wenn sie während seiner Nutznießung fällig werden. Andererseits soll der Mann die Lasten, mit denen die Frau bei Errichtung der Verwaltungsgemeinschaft schon im Rückstand war, nicht zu tragen haben. Dies ist in der Tat der alleinige Grund, weshalb das Gesetz die Verpflichtung des Mannes in den §§ 1385 und 1386 BGB auf die Dauer der Verwaltung und Nutznießung abstellt,

und der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung daher im § 1387 BGB, weil es begrifflich nicht möglich wäre, hier von einer zeitlichen Verteilung der Lasten zu sprechen, nicht erwähnt wird.

Nach alledem dürfte es wohl keinem Zweifel mehr unterliegen, daß für die Begründung der Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber seiner Frau aus seiner Unterhaltsverpflichtung keinerlei Möglichkeit besteht. Die Unterhaltstheorie in ihren verschiedenen Formen kann daher als widerlegt angesehen werden.

§ 5. Die Güterrechtstheorie.

Darstellung ihrer Gedanken.

Unter ausdrücklicher Ablehnung der Unterhaltstheorie geht die zweite Gruppe der Kostenvorschußtheorien davon aus, daß diese Verpflichtung des Mannes ihre ausschließliche Regelung im ehelichen Güterrecht des BGB gefunden habe. Die ehemännliche Unterhaltspflicht oder das Wesen des ehelichen Verhältnisses seien vollkommen außer Acht zu lassen [39]).

Diese „Güterrechtstheorie" wird vertreten von der Praxis des Reichsgerichts [40]) und der Mehrzahl der anderen Gerichte [41]), der sich im übrigen in der Wissenschaft zahlreiche Schriftsteller [42]) angeschlossen haben.

Die reichsgerichtliche Argumentation bewegt sich etwa in folgenden Gedankengängen [43]):

Die gesetzliche Grundlage für die Kostenvorschußpflicht sei die Vorschrift des § 1387 Nr. 1 BGB, der sich unter den Bestimmungen befinde, welche von der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes am eingebrachten Gut der Ehefrau handeln, und der bestimme, daß der Mann der Frau gegenüber verpflichtet sei, die Kosten eines Rechtsstreits, den sie führt, zu tragen. Danach könne die Frau der Regel nach beanspruchen, daß ihr vom Ehemann die Mittel gewährt würden, die zum sachdienlichen Betriebe des Pro-

---

[39]) Vgl. u. a. Planck § 1387 I, 2; RGRKomm § 1387 6a; Klien a. a. O. S. 421; Erler § 45 S. 206; KG in Rspr. 4 S. 84, 85; OLG Kiel Rspr. 13/241.

[40]) RG 47/72 ff; RG Gruch. 45/1021; RG Gruch. 46/941 ff; RG Gruch. 49/590; RG JW 01/274, 735; J W 06/356, 560; JW 11/68; RG SeuffArch 62 Nr. 28.

[41]) KG in Rspr. 4/84, 85; 41/52, 53; KG in SeuffArch 57 Nr. 81; OLG Breslau Rspr. 5/472; OLG Kolmar in Rspr. 11/95; OLG Hamburg in Rspr. 14/222; OLG Hamburg in Rspr. 40/69, 70; OLG München in Rspr. 32/6; OLG Posen in Rspr. 16/210; OLG Rostock in Rspr. 11/90.

[42]) RGRKomm zu § 1387; Warneyer § 1387, 2; Achilles § 1387; Fischer-Henle § 1387; Rosenthal § 1387; Opet § 1387, 2; Neumann § 1387 A III 2 b β; Meißner § 1387, 3; Loewenwarter § 1387 I; Kuhlenbeck § 1387; Cosack § 48 X, 1 c; Crome § 576 II, 2 d; Dernburg § 44 Anm. 10; Erler § 45 S. 206, 207; Matthiass § 231 1 III C 3; Kohler 35 III; Schroeder a. a. O. § 1 S. 28, 29 Anm. 1; Endemann § 176 Anm. 61; Meikel a. a. O. S. 185; Lehmann § 16, 5 b α, β; Goldschmidt § 73, 3 h Abs. 4.

[43]) Vgl. die Entsch. d. RG in RGZ 47/74.

zesses notwendig seien. Dazu gehörten nun nicht nur die Mittel, welche zur Verteidigung eines Rechts der Frau benötigt würden, sondern auch diejenigen Mittel, die erforderlich seien zur Verfolgung desselben; m. a. W., es gehörten hierzu nicht nur die Kosten, welche der Frau infolge eines von ihr bereits angestrengten Prozesses zur Last gefallen seien, sondern der Mann müsse ihr auch diejenigen Gelder gewähren, welche sie für einen erst anhängig zu machenden Prozeß benötige, d. h. er müsse ihr die aufzuwendenden Kosten vorschießen.

Allerdings erleide der in § 1387 Nr. 1 BGB zunächst als Regel aufgestellte Satz, der den Mann zur Kostentragung und damit auch, wie ausgeführt, zum Vorschuß derselben verpflichte, eine Ausnahme durch den dort enthaltenen Nachsatz:

„Sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgut zur Last fallen."

Wäre diese Bestimmung dahin zu verstehen, daß der unmittelbar vorher ausgesprochene und als Regel aufgestellte Grundsatz immer schon dann in Wegfall kommen solle, wenn die Kosten unter gewissen Umständen oder der Regel nach dem Vorbehaltsgut zur Last fielen, dann sei allerdings die Folge, daß bei einem Rechtsstreit zwischen den Ehegatten wegen der Vorschrift des § 1416 I BGB, wonach die Kosten dem Vorbehaltsgut zur Last fielen, soweit sie nicht der Mann zu tragen habe, der Mann, solange der Prozeß noch schwebe, nicht verpflichtet sei, der Frau die für die Prozeßführung aufzuwendenden Beträge zu gewähren.

Diese letztere Konsequenz wird jedoch mit folgender Begründung abgelehnt:

Weder aus der Wortfassung noch aus der Entstehungsgeschichte der diesbezüglichen Vorschriften sei ein zwingender Grund für eine solche Annahme zu entnehmen. Es sei vielmehr davon auszugehen, daß dies nur dann richtig sei, wenn endgültig feststehe, daß die Kosten des Rechtsstreites dem Vorbehaltsgut unbedingt zur Last fielen. Solange dies aber noch ungewiß sei, müsse der Mann seiner Frau die Kosten vorbehaltlich einer späteren Ausgleichung vorschießen.

Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1416 II Satz 2 BGB wird weiterhin unter Berufung auf den Billigkeitsstandpunkt erklärt, es könne nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Ehefrau bei einem ihre persönlichen Angelegenheiten betreffenden Rechtsstreite, den sie mit ihrem Ehemann führt, durch Versagung eines Anspruches auf Vorschießung der zum Prozeßbetrieb erforderlichen Mittel habe schlechter stellen wollen als bei einem derartigen Rechtsstreit zwischen ihr und einem Dritten.

Diesen Ausführungen des RG, welche in immer wiederkehrender Form seinen verschiedenen Entscheidungen und den Urteilen der übrigen Gerichte [44]) zu Grunde gelegt sind, schließen

[44]) Vgl. die auf S. 14 Anm. 40 und 41 angeführten Entscheidungen.

sich, wie bereits hervorgehoben, im wesentlichen zumeist nur unter Hinweis auf diesen Standpunkt eine ganze Reihe von Schriftstellern [45]) an. Teilweise wird von letzteren auch noch versucht, zur Erweiterung der reichsgerichtlichen Konstruktion andersartige Gesichtspunkte heranzuziehen.

So finden sich Darlegungen, die gleichfalls ausgehend von dem Gedanken, daß in dieser Frage nur das eheliche Güterrecht maßgebend sei, eine Begründung folgender Art geben [46]):

Wenn der § 1387 BGB dem Mann die Verpflichtung auferlegt habe, die Kosten des Rechtstreites zu tragen, dann könne es nicht zweifelhaft sein, daß sich aus dieser Bestimmung auch ohne weiteres eine Kostenvorschußpflicht ergebe; denn begrifflich enthalte die Kostentragungspflicht auch gleichzeitig eine Kostenvorschußpflicht. Insbesondere biete in dieser Hinsicht die Fassung des Gesetzes keine Zweifel [47]), denn der Mann habe zu tragen, „die Kosten eines Rechtsstreites, den die Frau führt". Mithin würden hiervon nicht nur die Kosten erfaßt, die nach Beendigung des Prozesses endgültig erwachsen seien, sondern auch alle die Kosten, die ihr bereits während des Prozesses, insbesondere auch schon zu Anfang desselben durch Beauftragung des Anwalts in Gestalt des von ihr zu leistenden Honorarvorschusses oder infolge des von der Gerichtskasse geforderten Gerichtskostenvorschusses nach den Bestimmungen der Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung bzw. des Gerichtskostengesetzes entständen. Im übrigen liege eine derartige Auslegung umso mehr im Sinne des Gesetzes, als § 1387 BGB die Frau von der Kostentragung ganz entbinden wolle. Dies werde aber nur erreicht, wenn die Frau auch von der Kostenvorschußpflicht befreit sei [48]).

Scheinbar stehe zwar die Fassung des § 1416 BGB der grundsätzlichen Regel des § 1387 BGB entgegen, jedoch seien derartige Zweifel nicht berechtigt. Denn überwiegende Gründe sprächen dafür, daß § 1416 BGB nur dann eine Ausnahme von der Regel des § 1387 BGB darstelle, wenn laut rechtskräftigen Urteils oder beispielsweise Klagerücknahme feststehe, daß der Mann die Kosten nicht zu tragen habe. Da mithin erst zu diesem Zeitpunkt vom Manne bewiesen werden könne, daß die Bedingung, unter der er von der Kostentragung befreit sei, zutreffe, habe er bis dahin die Kosten vorzuschießen.

Schließlich finden sich noch Ausführungen [49]), die mit dem Ergebnis der reichsgerichtlichen Ueberlegungen zwar in vollem Umfange übereinstimmen, jedoch Form und Inhalt dieser Darstel-

---

[45]) S. die Seite 14 Anm. 42 Zitierten.
[46]) Klien a. a. O. S. 422 ff.; Planck § 1387 I, 6.
[47]) Klien a. a. O. S. 422.
[48]) Planck a. a. O. § 1387 I, 6.
[49]) Freudenthal a. a. O. § 3.

lungen mißbilligen. Im Gegensatz zu jenen Gedanken der Praxis, die als „Kostenvorschießtheorie" bezeichnet werden, wird erklärt [50]), die Ausdrucksweise des RG, der Mann habe die Prozeßkosten der Frau vorzuschießen, sei ungenau und lasse die Möglichkeit einer doppelten Auslegung zu. Streitfähig erscheine vor allen Dingen die Bedeutung des Wortes „vorschießen" insbesondere das „vor" in diesem Wort. Unter Verdeutlichung in die beiden möglichen Bedeutung des Wortes „vor" und „vorläufig" ergäben sich die beiden Begriffe „vorleisten" und "vorläufig leisten". Bei der reichsgerichtlichen Ausdrucksweise bestehe die Gefahr einer Verwischung der Unterscheidung zwischen dem Außen- und Innenverhältnis [51]). Bei jenem Außenverhältnis, also dem Verhältnis zu den Kostengläubigern, handele es sich um eine Vorleistung, hier dagegen im Innenverhältnis handele es sich um eine familienrechtliche Lastentragungspflicht, um eine „Kostenvorschuß-Freihaltungspflicht". Von einer Vorleistungspflicht könne somit nicht gesprochen werden, da es an einer anderen Leistung fehle, v o r der geleistet werde. Die Ausdrucksweise, der Mann habe vorzuschießen, müsse — mit einem solchen Inhalt — daher als ungerechtfertigt und logisch unhaltbar abgelehnt werden. Abgelehnt wird auch der Ausdruck „vorschießen" in der Bedeutung des „vorläufig Leistens", da er, wenn er diesen Sinn haben solle, im Hinblick auf die Ausdrucksweise „vorschießen" in den §§ 403, 811, 1035 BGB als sehr schlecht gewählt bezeichnet werden müsse. Zum Unterschiede von den als „Kostenvorschießtheorie" bezeichneten Ausführungen des RG wird dieser Darstellungsweise der Name „Kostenvorschußtheorie" beigelegt [52]).

Schließlich sei noch auf folgenden Standpunkt der Vertreter der hier dargestellten Güterrechtstheorie in der Frage der Kostenvorschußpflicht in Ehegattenprozessen hingewiesen:

Eine Kostenvorschußpflicht soll sich nämlich in diesen Rechtsstreitigkeiten dann nicht rechtfertigen lassen, wenn die Klage der Frau aussichtslos oder frivol sei [53]). So wird u. a. gesagt [54]), nach

---

[50]) Freudenthal a. a. O. S. 24.

[51]) Freudenthal a. a. O. S. 48.

[52]) Als Kostenvorschußtheorie werden insbesondere von Freudenthal a. a. O. die Ausführungen Kliens (s. oben S. 16) bezeichnet, mit der Begründung, daß dieser das Wort Kostenvorschuß als Objekt des Satzes verwende.

[53]) RGRKomm § 1387 6 b; Warneyer § 1387, 2; Rosenthal § 1387; Fischer-Henle § 1387; Erler a. a. O. S. 206/207; Meissner § 1387,3; Walsmann in ZZP. 1929/367: Es folge aus den sich aus dem Güterrecht ergebenden Rechten des Mannes, daß er die Kostenvorschußzahlung verweigern könne, wenn die Klage der Frau frivol oder unbegründet sei. RG 5/417: Zwar sei die Kostenvorschußpflicht des Mannes nicht davon abhängig, daß die von der Ehefrau gegen ihn zu verfolgenden Ansprüche positiv einigen Anschein der Rechtmäßigkeit für sich hätten. Anderseits könne der Mann jedoch nicht für verbunden erachtet werden, seine Frau zum Zwecke einer ganz sichtlich unzulässigen Rechtsverfolgung mit Kostenvorschuß zu ver-

§ 1387 BGB sei der Anspruch der Frau auf Kostenvorschuß nur gegeben, wenn und so lange es ungewiß sei, welchen Ehegatten die Kosten des Rechtsstreits treffen würden. Demnach entfalle dieser Anspruch, wenn der Rechtsstreit für die Frau keinerlei Aussicht auf Erfolg biete. Es sei dann nämlich schon bei Anstrengung der Klage gewiß, daß die Kosten des Prozesses gemäß § 1416 BGB die Frau selbst treffen würden.

§ 6. Kritik der Güterrechtstheorie und ihrer Gegner. Stellungnahme zum güterrechtlichen Kostenvorschußproblem.

1. Die Kostenvorschußpflicht im allgemeinen.

Der von den Vertretern der Güterrechtstheorie ihren Untersuchungen über die Kostenvorschußpflicht des Mannes im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung zu Grunde gelegte § 1387 Nr. 1 BGB bildet in der Tat den maßgebenden Ausgangspunkt für die nachfolgenden Erörterungen über das hier zu behandelnde Problem. Der Sinn und die Bedeutung dieser Vorschrift ergibt sich, wie dies bereits bei den kritischen Untersuchungen zur Unterhaltstheorie kurz hervorgehoben wurde, zunächst allgemein aus ihrer Stellung unter den §§ 1384—1388 BGB, welche dem Mann auf Grund seines Nutznießungsrechts am eingebrachten Gut der Frau gewisse Lasten auferlegen. Oberste Pflicht des Mannes ist es, das eingebrachte Gut für die Zwecke der Ehe zu verwenden, es ordnungsmäßig zu verwalten und in seinem Bestand zu erhalten. Hierzu werden nun im Laufe des Güterstandes regelmäßig je nach dem Bestande des Frauengutes größere Aufwendungen nötig werden, zu deren Bestreitung Mittel erforderlich sind, die die Frau selbst nicht aufbringen kann, da ihr Vermögen ja ihrer Verwaltung und Nutznießung entzogen ist, und da sie außerdem laufende Einnahmen deswegen nicht hat, weil sie ihre Arbeitskraft für das Haus und das Erwerbsgeschäft des Ehemannes zu verwenden verpflichtet ist. Deshalb entspricht es der Billigkeit, daß dem Manne diejenigen Verbindlichkeiten, welche die Frau, wenn ihr Vermögen nicht der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen wäre, selbst tragen würde, aufgebürdet werden [55]).

Außer diesen allgemeinen Grundsätzen gilt für den § 1387 BGB speziell, daß bei dieser Vorschrift das Gesetz von der Erwägung ausgeht, daß Prozeßkosten die der Frau aus ihren Rechtsstreitigkeiten erwachsen, von weniger zahlreichen Fällen abgesehen,

---

sehen. Im Ergebnis ebenso: KG SeuffArch 49 Nr. 98; KG in Rspr. 21/220 und 30/44; KG JW 25/2147; OLG Hamburg in SeuffArch 73 Nr. 80; OLG Celle in JW 31/1388; OLG München Rspr. 30/44 und Rspr. 32/7; OLG Rostock Rspr. 39/47.

[54]) KG JW 25/2147 Nr. 4.

[55]) Mot. IV/199.

wirtschaftlich die Natur von Verwaltungskosten haben [56]), die daher der Mann als Verwalter und Nutznießer des Frauenvermögens bestreiten muß.

Bei Zugrundelegung dieses vorangestellten Leitgedankens ergibt sich für die Auslegung des § 1387 Nr. 1, BGB folgendes:

Unter den Begriff des von der Frau geführten Rechtsstreites fallen alle Rechtsstreitigkeiten, sofern es sich, was aus dem Gegensatz zu § 1387 Nr. 2 BGB zu entnehmen ist, nicht um ein gegen die Frau gerichtetes Strafverfahren handelt. Es sind daher nicht nur die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gemäß § 13 GVG darunter zu verstehen, sondern in gleicher Weise die Verfahren vor den besonderen Gerichten (§ 14 GVG), also Schiedsgerichten, Verwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden [57]). Auch eine von der Frau erhobene Privatklage begründet einen „von der Frau geführten Rechtsstreit" [58]) Das Gleiche gilt, wenn die Frau Ansprüche als Nebenklägerin geltend macht, während ein gegen die Frau gerichtetes Privatklageverfahren unter den Begriff des Strafverfahrens im Sinne des § 1387 Nr. 2 BGB [59]) fällt.

Was nun den Begriff der Kosten, von denen § 1387 BGB spricht, anbetrifft, so ist hervorzuheben, daß er zu größeren Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben hat.

Zu Unrecht wird von einigen Vertretern in Literatur und Rechtsprechung behauptet [60]), es seien darunter nur die Gerichtskosten und die dem Gegner zu erstattenden Auslagen zu rechnen. Vor allem also fielen, wie erklärt wird, nicht darunter die von der Partei dem von ihr beauftragten Anwalt oder Gerichtsvollzieher zu entrichtenden Gebühren, weil letztere nicht „Kosten des Rechtsstreits" seien. Zur Stützung dieser Ansicht wird vorgebracht, zwar hätten diese Kosten den Charakter von „Kosten des Rechtsstreits" im Verhältnis der Partei zu dem erstattungspflichtigen Gegner, nicht aber im Verhältnis zwischen Partei und Anwalt bzw. Gerichtsvollzieher. Der Anspruch des Anwalts gegen seine Partei habe nicht, wie der Ersatzanspruch der Partei gegen den Gegner seinen Grund in dem Prozesse, sondern in dem erteilten Auftrage. Daher sei die Verpflichtung der Frau zur Bezahlung ihres Anwaltes nicht eine aus dem Rechtsstreit hervorgegangene, sondern eine aus der Auftragserteilung, also einem Rechtsgeschäft, entstandene Verbindlichkeit. Entsprechend handele es sich bei den Gerichtsvollzieherkosten um Verbindlichkeiten, die

---

[56]) Mot. IV/202.

[57]) Vgl. die gesamte Literatur zu § 1387.

[58]) RGRKomm § 1387, 3; Staudinger § 1387, 1 a; Warneyer § 1387 I; RGSt 45/408.

[59]) Planck § 1387 II, 4.

[60]) Staudinger § 1387, 3 b; Bürck JW 00/270, 338; Schäfer HansGZ 1900 Beibl. 10, 55 ff; OLG Hamburg Rspr. 24/36.

aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis hervorgegangen seien. Da es sich also um Vertrags- bezw. vertragsähnliche Schulden handele, hafte der Mann persönlich nie und das eingebrachte Gut nur dann, wenn der Mann seine Zustimmung erteilt habe (§ 1412 I BGB) [61]).

Dieser Standpunkt muß abgelehnt werden, weil eine derartige Interpretation dem Sinn des § 1387 BGB unter Berücksichtigung des vorangestellten leitenden Grundgedankens widerspricht. Dies ergibt sich aus der Erwägung des Gesetzgebers im § 1387 BGB, daß die Frau ganz von ihrer Kostenpflicht befreit sein soll. Zwar entspricht der von der Gegenseite aufgestellte Kostenbegriff demjenigen der Zivilprozeßordnung, aber gegenüber dem im § 1387 zum Ausdruck gekommenen Prinzip der gänzlichen Kostenbefreiung der Frau darf selbstverständlich die den zivilprozeßrechtlichen Vorschriften innewohnende Bedeutung der Kosten mit ihrem engeren Inhalt nicht als maßgebend betrachtet werden, weil, wie hervorgehoben, dem Kostenbegriff des § 1387 besondere materiellrechtliche Gedanken zugrunde liegen. Zudem darf gesagt werden, daß eine so enge Auslegung des Kostenbegriffs auch dem reinen Wortlaut des Gesetzes nicht gerecht wird. § 1387 spricht schlechthin von den Kosten, sodaß aus diesem Grunde schon, wenn nicht zwingende Gründe eine andere Auslegung gebieten, derjenige Sinn, der dieser Bezeichnung allgemein zugrunde liegt, maßgebend sein muß [62]). Der Einwand, die Kosten des eigenen Anwalts sowie die Gerichtsvollzieherkosten gehörten nicht zu den „Kosten des Rechtsstreits", da sie aus einem Rechtsgeschäft entstanden seien, bzw. was die Gerichtsvollzieherkosten anlangt, durch Eingehen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses, kann auch nicht als stichhaltig angesehen werden; denn mit Recht ist ihm entgegenzuhalten, daß unmittelbarer Grund der Entstehung dieser Kosten zwar die Beauftragung des Anwalts bzw. des Gerichtsvollziehers ist, aber die Gesamtursache für dieselben ist doch der Rechtsstreit als solcher, sie sind durch ihn bedingt [63]).

---

[61]) So Schäfer Hanseat. Ger. Bbl. 00/57.

[62]) Vgl. Klien a. a. O. S. 422, der darauf hinweist, daß nach der Entstehungsgeschichte des § 1387 manches für die engere Auslegung spreche, daß aber andererseits eine solch enge Auffassung abgesehen vom entgegenstehenden Wortlaut nicht angängig sei, da sie zu einer Lücke in der Gesetzgebung und zu Inkonsequenzen führen müsse.

[63]) Vgl. Dengel a. a. O. S. 25. Im übrigen vertreten diese Ansicht, daß der Kostenbegriff des § 1387 in diesem weiteren Sinne aufzufassen sei RGRKomm § 1387, 2; Planck § 1387 I. 5; Warneyer § 1387 I; Förster-Kann 3 b vor § 606; Fischer-Henle § 1387; Opet § 1387, 3; Rosenthal § 1387; Ullmann, Güterrecht § 17 IV; Crome § 576 II, 2 d Anm. 44; Klien a. a. O. S. 422; Erler a. a. O. S. 206, 07; Kisch in JW 25/826; Breme in JW 20/1022.

RG 46/355; 47/73; RG JW 01/735; OLG Breslau Rspr. 1 56; OLG Celle Rspr. 16/211; OLG Kolmar Rspr. 11/95; OLG Düsseldorf Rspr. 29/145; OLG

Diesen weiteren Begriff der Prozeßkosten haben wir unseren gesamten nachfolgenden Untersuchungen über die Begründung der Kostenvorschußpflicht zu Grunde zu legen. Er ist nicht nur maßgebend für den Umfang der allgemeinen Kostentragungspflicht des Mannes, sondern auch, wie wir später sehen werden, für den Umfang eben der Kostenvorschußpflicht, da, soweit eine solche überhaupt bestehen kann, dieselbe in allen Beziehungen von der Kostentragungspflicht abhängig ist.

Damit kommen wir nun zur Kardinalfrage: nämlich inwieweit sich die Begründung einer Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber seiner Frau aus der Vorschrift des § 1387 Nr. 1 rechtfertigen läßt.

Es konnte oben festgestellt werden [64]), daß die Praxis, ohne näher auf dieses Problem einzugehen und eine einigermaßen tiefgehende Begründung zu geben, den Satz aufstellt, mit der Kostentragungspflicht sei auch gleichzeitig eine Pflicht des Mannes, die Kosten vorzuschießen, verbunden, da die Frau Anspruch habe nicht nur auf die Mittel der Verteidigung eines Rechts, sondern auch auf die erforderlichen Mittel zur Erstreitung einer Rechtsposition. Eine derartige Auslegung des Gesetzes klingt auf den ersten Blick zwar bestrickend, in Wahrheit jedoch läßt sie sich in keiner Weise, wenigstens in dieser Form nicht, aus dem Gesetz begründen.

Mit Recht wird gegen diese Argumentation von den Gegnern [65]) der reichsgerichtlichen Lehre vorgebracht, daß das Gesetz überall, wo es aus einer Kostentragungspflicht eine Kostenvorschußpflicht macht, dies ausdrücklich bestimmt [66]). Zum Beweise

---

Hamburg Rspr. 30/46. OLG Hamm in JW 25/826; OLG Naumburg Rspr. 1/269, 270; OLG Rostock 39/91.

[64]) Vgl. S. 14.

[65]) Als grundsätzliche Gegner der vom RG entwickelten Kostenvorschußtheorie sind unter den Schriftstellern zu nennen:

Staudinger § 1387, 3 a; Stein-Jonas VI vor § 606; Freudenthal § 627 Note 4; Neumiller § 627 Note I; Ullmann Güterrecht S. 181 und in ArchzivPr. Bd. 92/288 ff; Aal in JW 02/563 ff; Axhausen JW 00/362; Bürck in JW 00/269; Marwitz in DJZ 00/43; Davidson DJZ 00/160;; Ders. in Ehescheidung S. 17; Barre in Recht 00/204; Fleischmann in Recht 00/151; Herold GruchBeitr. 46/843; Wieruszowski in Recht 00/370; Ders. in Eherecht I/95; Grünwald in Recht 00/60; Fritze in KritVJSchr. 43/328; A. B. Schmidt § 1387, 2 c bb; Müller in DJZ 13/1438.

Ferner billigen eine Anzahl von Gerichten nicht die oben wiedergegebene Ansicht der Güterrechtstheorie, so: KG in Rspr. 1/21; OLG Oldenburg in Rspr. 1/28; OLG Kiel in SeuffArch. 55/209; OLG Karlsruhe in Rspr. 1/275 LG Mainz in Hess. Rspr. 1/4; OLG Celle SeuffArch 56/252; OLG Hamburg, Recht 02, 44; OLG Jena SeuffArch 56/29; OLG Frankfurt Rspr. 1/268; LG Darmstadt DJZ 00/157.

[66]) Dieser Gedanke wird vertreten von Staudinger, § 1387, 3 e; Stein-Jonas VI B 2 vor § 606 ZPO weist außerdem noch darauf hin, daß die Gleichstellung der Kostentragungs- und Kostenvorschußpflicht folgerichtig dazu führen müsse, aus § 767 II BGB eine Vorschußpflicht des Bürgen

wird auf verschiedene Gesetzesstellen verwiesen, so z. B.: § 403 S. 2 BGB: „Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen"; § 811 II BGB: „Die Gefahr und die Kosten hat derjenige zu tragen, welcher die Vorlegung verlangt. Der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der andere Teil die Kosten vorschießt"; § 1035 S. 4 BGB: „Die Kosten hat derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme und Beglaubigung verlangt".

Geht man nun aber von der sorgsamen Abwägung der Sprache des BGB aus, so kann wirklich nicht angenommen werden, daß diese ausdrückliche Hervorhebung in den angeführten Gesetzesstellen einen überflüssigen Zusatz bildet [67]).

Die Begründung dafür, daß aus der Kostentragungspflicht des Mannes auch ohne weiteres eine Kostenvorschußpflicht hergeleitet werden kann, ist vielmehr eine ganz andere:

Wenn innerhalb der güterrechtlichen Theorie teilweise darauf aufmerksam gemacht wird [68]), daß die Ausdrucksweise, der Mann habe die Kosten vorzuschießen, sehr unklar ist, da darunter sowohl ein „vorleisten" wie ein „vorläufig leisten" verstanden werden kann, so kann dem beigepflichtet werden; denn es ist hier richtig erkannt, daß von einem Vorschießen in der Bedeutung von „vorleisten" nicht gesprochen werden kann, da es an einer anderen Leistung fehlt, v o r der geleistet werden soll. Aber auch in der zweiten Bedeutung des „vorläufig Leistens" kann nicht von einem Vorschießen der Kosten die Rede sein: denn entweder besteht für den Mann eine Kostentragungspflicht oder sie besteht nicht, in keinem der beiden Fälle aber kann gesagt werden, der Mann habe der Frau die von ihr benötigten Mittel nur vorläufig zu gewähren; denn wenn die Frau einen Kostenanspruch gegen den Mann hat, dann muß der Mann ihr diese Mittel unbedingt und endgültig zukommen lassen, besteht dagegen kein Anspruch, dann braucht er auch nicht vorläufig zu zahlen. Daher kann ein Anspruch der Frau, der darauf gerichtet ist, daß ihr der Mann die Kosten, die ihm zur Last fallen, als solche vorzuschießen habe, aus den angegebenen Gründen nicht bestehen.

Nun ist es aber etwas ganz anderes, wenn wir statt von einem Vorschuß der Kosten zu sprechen, davon ausgehen, daß der Mann von den gesamten zu tragenden Kosten einen Kostenvorschuß zu zahlen habe [69]). In dieser letzteren Satzwendung liegt nämlich bereits die Lösung des Problems begründet, was daraus erhellt,

für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners oder aus § 269 IV HGB eine solche der Minderheit einer Aktiengesellschaft gegenüber der Gesellschaft herzuleiten.

[67]) Vgl. Staudinger a. a. O.

[68]) Freudenthal a. a. O. S. 24.

[69]) Das Wort „Kostenvorschuß" wird hier als Objekt des Satzes verwendet im Gegensatz zu dem Prädikat „vorschießen". Vgl. zu dieser Ueberlegung Freudenthal a. a. O. § 6.

daß der Kostenvorschuß nichts anderes ist als ein Teil der Gesamtkosten, und zwar ein Teil derselben, der lediglich vorweg entrichtet wird; denn er wird auf jene verrechnet, und was möglicherweise zuviel an Vorschuß gezahlt ist, wird später zurückerstattet. Der Kostenvorschuß ist daher m. a. W. nichts anderes als ein gesetzlich geregelter Zahlungsmodus [70]) für die Kosten, und soweit der Mann daher nach den Bestimmungen des BGB allgemein zur Kostenzahlung verpflichtet ist, muß er sich auch an die mit dieser Zahlung verknüpfte Art und Weise der Zahlung halten.

Damit kann es wohl nicht mehr zweifelhaft sein, daß der Mann, insoweit er die Kosten der Frau gegenüber nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung zu tragen hat, auch die notwendigen Kostenvorschüsse zahlen muß. Zur Bestärkung dieser Erkenntnis mag auch noch der Gedanke dienen [71]), der dieses Ergebnis schon im reinen Wortlaut des § 1387 enthalten findet, da dort von den „Kosten des Rechtsstreits" den die Frau führt, die Rede ist. Gerade daraus, daß in dieser Wendung das Präsens gebraucht wird, und es nicht etwa heißt: „Kosten des Rechtsstreits, den die Frau geführt hat", läßt sich ohne Bedenken folgern, daß das Gesetz dem Manne nicht erst die Kosten aufbürden will, wenn der Prozeß der Frau beendet ist, sondern daß derselbe auch schon alle die Kosten tragen soll, die der Frau von Anfang an und im weiteren Verlauf des Prozeßbetriebes erwachsen.

Der Begriff der Kostenvorschußpflicht des Mannes in dem hier festgestellten Sinne bedarf nun noch einer näheren Erläuterung insofern, als diese Verpflichtung zweierlei Beziehungen auf weist. Diese ergeben sich aus der doppelten Haftung des Mannes nach innen im Verhältnis zu seiner Frau und nach außen im Verhältnis zu den Gläubigern der Frau. Für das Innenverhältnis zwischen Mann und Frau ist der § 1387 BGB maßgebend, was aus der Wendung: „Der Frau gegenüber" [72]) . . . folgt. Zur Erfüllung der dort festgesetzten Verbindlichkeit gibt es für den Mann zwei Möglichkeiten. Sie bestehen entweder in der Bereitstellung der erforderlichen Mittel, deren sich die Frau ihrerseits zur Tilgung ihrer Kostenvorschußverpflichtung gegenüber ihren Kostengläubigern bedienen kann, oder darin, daß der Mann selbst die Kostenvorschuß-Schulden seiner Frau ihren Gläubigern bezahlt. Insofern ist also die Kostenvorschußpflicht eine Verpflichtung des Mannes, der Frau die Bezahlung ihrer Kostenschulden aus ihren Mitteln zu ersparen, d. h. sie von ihrer Kostenlast gegenüber den Kostengläubigern frei zu halten.

---

[70]) Vgl. auch Barre a. a. O. S. 205; Fleischmann a. a. O. S. 151; Ullmann, Güterrecht § 17 VI, Freudenthal a. a. O. S. 43.

[71]) Klien a. a. O. S. 422.

[72]) Ebenso wie in den §§ 1385 und 1386.

Was das Außenverhältnis des Mannes zu den Kostengläubigern der Frau anbetrifft, so stellt hierfür § 1388 BGB die gesetzliche Regelung dar. Danach haftet der Mann, insoweit sich eine Kostentragungs- und damit Kostenvorschußverpflichtung aus § 1387 BGB herleitet, den Kostengläubigern als Gesamtschuldner neben der Frau. Es handelt sich dabei um ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne der §§ 421 ff. BGB. Allerdings findet der § 426 BGB für den Fall, daß der Mann die Kosten gezahlt hat, keine Anwendung, da der Mann der Frau gegenüber nach dem Gesetze allein haftet. Nur soweit es sich um dieses Außenverhältnis handelt, hat es also streng genommen einen natürlichen Sinn, von einer Kostenvorschußpflicht des Mannes zu sprechen, während dieser Ausdruck für das Innenverhältnis als ungenau bezeichnet werden muß und nur im Sinne einer — wie wir oben sahen — Kosten- bezw. Kostenvorschuß-Freihaltungspflicht [73]) Verwendung finden kann.

2. Die Kostenvorschußpflicht in den verschiedenen Prozessen der Frau:

a) Allgemeine Hervorhebung der einzelnen möglichen Fälle:

Im Folgenden gilt es nun, den zweiten Teil des Problems der Kostenvorschußpflicht, nämlich die Frage, ob eine solche Verpflichtung allgemein, d. h. in allen Prozessen der Frau besteht, einer Lösung zuzuführen. Nach dem vorstehend gewonnenen Ergebnis kann ein Kostenvorschußanspruch der Frau nur insoweit gegeben sein, als auch eine generelle Kostentragungsrflicht des Mannes begründet ist. Hierüber gibt der § 1387 BGB Aufschluß. Derselbe enthält nämlich bezüglich der Kostentragungspflicht zunächst den Grundsatz, daß der Mann die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau führt, zu tragen hat; aber unmittelbar anschließend folgt die Abweichung von diesem Grundsatz: „Sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgut zur Last fallen". In allen Fällen der letzteren Art soll also der Mann der Frau ggenüber nicht zur Kostentragung verpflichtet sein.

Ueber diese Ausnahmefälle finden wir Näheres in den §§ 1415 und 1416 BGB, die unter dem Gesichtspunkt der Schuldenhaftung im Verhältnis der Ehegatten zueinander eine ausdrückliche Regelung getroffen haben.

Nach diesen Vorschriften fallen darunter:

1. Die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau über eine Verbindlichkeit führt, die aus einer von ihr während der Ehe begangenen unerlaubten Handlung oder aus einem wegen einer solchen Handlung gegen sie gerichteten Strafverfahren entstanden sind. (§ 1415 Nr. 3 in Verbindung mit Nr. 1.)

---

[73]) KG in Rspr. 41/51; Freudenthal a. a. O. § 6.

2. Die Kosten eines Rechtsstreits über Verbindlichkeiten der Frau aus einem sich auf das Vorbehaltsgut beziehenden Rechtsverhältnis. (§ 1415 Nr. 3 in Verbindung mit Nr. 2.)

3. Die Kosten eines Rechtsstreits zwischen den Ehegatten, soweit sie nicht der Mann zu tragen hat, d. h. insoweit sie nicht durch Urteil oder in anderer Weise demselben auferlegt sind. (§ 1416 Abs. I).

4. Die Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und einem Dritten, unter der Voraussetzung, daß das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes nicht wirksam ist. Letzteres ergibt sich aus den §§ 1400, 1401, 1405, 1407 (§ 1416 II).

Von diesem Grundsatz macht allerdings § 1416 II S. 2 BGB wieder zwei Ausnahmen.

Zieht man die Prozesse zu 1.—4. ab, so ergibt sich, daß der Mann zu tragen hat:

I. Die Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und einem Dritten, wenn das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes wirksam ist (§ 1416 II, 1).

II. Die Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und einem Dritten über eine persönliche Angelegenheit der Frau, wenn die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist (§ 1416 II, 2).

III. Die Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und einem Dritten über eine nicht unter § 1415 Nr. 1 und 2 fallende Verbindlichkeit, für die das eingebrachte Gut haftet, ebenfalls jedoch nur, soweit die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist. (§ 1416 II, 2.)

Nur also in den letzten 3 Fällen folgt ganz klar und eindeutig aus dem Gesetz eine Kostentragungspflicht des Mannes, und nur in diesen drei Arten von Prozessen ist folglich der Mann gehalten, seiner Frau einen Kostenvorschuß zu gewähren.

b) Die Kostenvorschußpflicht in Ehegattenprozessen.

Die zuletzt getroffene Feststellung ist insbesondere wichtig für Prozesse der Ehegatten untereinander (vgl. oben Nr. 3 der Gruppe 1—4), und diese Auffassung muß vertreten werden trotz der entgegenstehenden Ansicht sämtlicher Vertreter der güterrechtlichen Theorie, d. h. also der Meinung der Praxis sowie der herrschenden Rechtslehre [74]). Der Beweis für die Richtigkeit des hier vertretenen Standpunktes aber wird soweit sie sich nicht schon aus dem Vorhergehenden ergab, aus dem Folgenden zu entnehmen sein:

Wenn wir die hier in Frage stehenden Vorschriften der §§ 1387 und 1416 I BGB in derselben Weise, wie es innerhalb der

---

[74]) Vgl. oben § 5.

oben dargestellten Ausführungen der Fall war, in ihre einzelnen Bestandteile zerlegen, dann ergibt sich folgende Darstellung über die Beziehungen und Zusammenhänge zwischen dem § 1387 Nr. 1 und dem § 1416 I BGB:

1. Regel: Der Mann hat der Frau gegenüber die Kosten eines von ihr geführten Rechtsstreites zu tragen:

2. Ausnahme von der Regel: Sofern die Kosten nicht dem Vorbehaltsgut zur Last fallen.

3. Unterausnahme von Nr. 2: Die Kosten fallen in Ehegattenprozessen stets dem Vorbehaltsgute zur Last, soweit sie nicht dem Manne durch Urteil oder in anderer Weise auferlegt sind.

Nach den elementarsten Grundsätzen des Prozeßrechts über Behauptungs- und Beweislast geht der Gang des Verfahrens, in welchen die Frau den Mann auf Kostenvorschuß in Anspruch nimmt, nun doch folgendermaßen:

1. Klage der Frau: Dieselbe ist gemäß § 1387 Nr. 1 schlüssig mit der Behauptung der Frau, daß sie im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung lebt und ferner, daß sie einen Rechtsstreit führt [75]).

2. Einrede des Mannes: Die Kosten fallen dem Vorbehaltsgut zur Last, weil es sich um einen Ehegattenprozeß handelt. (Schlüssigkeit der Einrede aus § 1387 Nr. 1 letzter Halbsatz, § 1416 I).

3. Replik der Frau: Trotzdem hat der Mann sie zu tragen, da sie ihm auferlegt worden sind. (Schlüssigkeit der Replik aus § 1416 I letzter Halbs.). Begründet ist dieselbe jedoch nur, wenn tatsächlich die Kostenauferlegung bereits durch rechtskräftiges Urteil oder in anderer Weise z. B. durch Vergleich erfolgt ist.

Nun kann es aber unter keinen Umständen zweifelhaft sein, daß im Falle der Ungewißheit der Tatsache zu Nr. 3 die Frau nach den allgemeinen Grundsätzen der Lehre von der Beweislast beweispflichtig ist. Diesen Beweis kann sie aber erst erbringen, wenn die Kostenentscheidung zu Ungunsten des Mannes bereits ergangen ist; denn bis dahin weiß niemand, wie dieselbe ausfallen wird, insbesondere also steht es noch aus, ob die Kosten dem Manne auferlegt werden. Da die Frau diesen Beweis zu dem Zeitpunkt, wo sie Kostenvorschußschuldnerin geworden ist, mithin regelmäßig zu Anfang oder im weiteren Verlauf des Prozesses, garnicht zu führen in der Lage ist, kann sie auch mit ihrer Replik keinen Erfolg haben, dieselbe muß als unbegründet gelten, und es bleibt bei der begründeten Einrede des Mannes. Er hat die Kosten nicht zu tragen und haftet daher auch nicht der Frau und

---

[75]) Kisch J W 25/826; OLG Hamm JW 25/826.

des weiteren dann selbstverständlich auch nicht den Kostengläubigern der Frau auf Kostenvorschuß [76]).

Die fundamentale Logik dieser Gedanken leuchtet zwar auch dem Reichsgericht und seinen Anhängern ein. Ausdrücklich wird zugegeben, daß man auf diese Art und Weise zu einer Verneinung der Kostenvorschußpflicht des Mannes im Rechtsstreit der Ehegatten untereinander kommen muß, es sei denn, daß den beiden maßgebenden Vorschriften eine besondere Auslegung gegeben wird. Um aber zu dieser besonderen Auslegung zu kommen, überschreitet das Reichsgericht die Grenzen, die ihm bei der Gesetzesinterpretation gezogen sind, es werden deren grundlegendsten Regeln aufgegeben und eine Erweiterung des Gesetzes vorgenommen, indem in den Satz des § 1387 Nr. 1: „Sofern nicht die Kosten des Rechtsstreits dem Vorbehaltsgut zur Last fallen" das Wort „unbedingt" eingeschoben wird. Nun heißt also nach jener Auslegungsmethode diese Vorschrift: „Der Mann hat die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau führt, zu tragen, sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgut u n b e d i n g t zur Last fallen" [77]).

Daraus folgt dann notwendig eine Scheidung in Prozesse, bei denen die Kosten unbedingt dem Vorbehaltsgut zur Last fallen, und solche, bei denen dies der Regel nach oder unter gewissen Umständen der Fall ist. Zu den ersteren werden die Prozesse des § 1415 Nr. 3 gerechnet, während die Rechtsstreitigkeiten des § 1416 I zu den letzteren gehören sollen. Diese Scheidung ist jedoch unhaltbar; denn mag die Ehefrau einen Rechtsstreit führen, auf den § 1415 Nr. 3 oder der § 1416 Anwendung findet, immer ist es ungewiß, ob sie oder der Prozeßgegner die Kosten tragen wird, weil diese Tatsache stets vom Ausgange des Prozesses abhängt. Im übrigen aber kann eine positive Begründung für diese Gesetzesauslegung nicht einmal gegeben werden. Lediglich negativ wird gewissermaßen zur Entschuldigung erklärt, ein zwingender Grund für das Gegenteil sei weder aus der Wortfassung noch aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zu entnehmen. Gerade das Gegenteil aber ist richtig.

Was den Wortlaut des Gesetzes betrifft, so dürften die voraufgegangenen Betrachtungen über den Inhalt der §§ 1387 und 1416 BGB sowie ihre strenge Zergliederung in die einzelnen Bestandteile zur Genüge gezeigt haben, daß der Gesetzgeber den Wortlaut nicht klarer im Sinne unserer Ansicht gestalten konnte.

---

[76]) Vgl. hierzu auch Stein-Jonas VI B 1 u. 2 vor § 606; Barre a. a. O. S. 205; Bürck in JW 00/271; Fleischmann in Recht 00/151; Davidson DJZ 00/160; Herold a. a. O. S. 846; Marwitz a. a. O. S. 43; KG Rspr. 1/21; OLG Frankfurt in Rspr. 1/268; OLG Jena SeuffA. 56/29; OLG Celle, SeuffA. 56/252; OLG Hamburg Recht 02/44.

[77]) Staudinger § 1387, 3, c bezeichnet diese Konstruktion des RG mit Recht als eine unzulässige Umkehrung der Beweislast.

Daß aber auch die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen durchaus gegen die Ansicht des Reichsgerichts und der übrigen Verfechter dieser Lehre spricht, mag aus den folgenden Untersuchungen über den Werdegang der §§ 1387 und 1416 BGB entnommen werden:

Der erste Entwurf des BGB hatte unter der Ueberschrift „Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut" im § 1297 diejenigen Verpflichtungen aufgezählt, welche dem Manne wegen seines Nutznießungsrechts gegenüber der Frau aufzuerlegen sein sollten. Der Wortlaut dieser Vorschrift lautete: „Der Ehemann ist gegenüber der Frau verpflichtet, für die Zeit der ehelichen Nutznießung und Verwaltung außer den dem Nießbraucher zur Last fallenden Erhaltungskosten zu tragen:

1. usw.

5. Die Kosten eines von der Ehefrau geführten Rechtsstreites, sofern die Verbindlichkeit der Ehefrau zur Tragung der Kosten eine Ehegutsverbindlichkeit ist und im Verhältnis der Ehegatten zueinander nicht dem Vorbehaltsgut zur Last fällt."

Entsprechend dem heutigen § 1416 I war im § 1316 des ersten Entwurfs behandelt, was im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Vorbehaltsgut zur Last fallen sollte. Nr. 4 dieses Paragraphen lautete:

„Die Verbindlichkeiten, welche aus einem Rechtsstreite zwischen der Ehefrau und dem Ehemann in Ansehung der Kosten des Rechtsstreits entstanden sind, . . . fallen im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Vorbehaltsgute zur Last."

Die Tatsache, daß im Gegensatz zu dem heutigen § 1416 I BGB dort nicht ausdrücklich der Satz enthalten war: „Soweit sie nicht der Mann zu tragen hat", hat keinerlei Bedeutung. Die sehr einfache Erklärung hierfür findet sich in den Motiven [78]): Es sei eben ganz verständlich, daß die Frau die Kosten nicht zu tragen habe, wenn der Mann in dieselben verurteilt sei, daher sei dieser Zusatz als selbstverständlich wegzulassen. Nun geben die Motive [79]) gleichzeitig aber auch Aufschluß über die Erwägungen, die bei der Schaffung des ersten Entwurfs zu dieser Bestimmung des § 1316 II,4 geführt haben. Es heißt dort, daß in den Fällen des Rechtsstreits unter den Ehegatten überwiegende Gründe der Billigkeit dafür sprächen, die Kosten im Verhältnis der Ehegatten zueinander als Vorbehaltsgutsverbindlichkeiten zu behandeln.

Der Gesetzgeber wollte also von v o r n h e r e i n in allen Prozessen der Ehegatten untereinander eine Kostenlast des Vorbehaltsguts statuieren — mit der selbstverständlichen Einschränkung, falls sie nicht dem Manne auferlegt sind. Dies sollte also für Ehegattenprozesse grundlätzlich gelten.

[78]) Mot. IV/266.
[79]) Mot. IV, 265.

Der zweite Entwurf brachte hierin keine Aenderung. Entsprechend dem § 1297 des ersten Entwurfs lautete dort der § 1286:

„Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet zu tragen:

1. Die Kosten eines Rechtsstreites, in welchem er ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht geltend macht, sowie die Kosten eines von der Frau geführten Rechtsstreits, sofern sie nicht dem Vorbehaltsgut zur Last fallen."

Der dem § 1316 II Nr. 4 des ersten Entwurfs entsprechende § 1314 des zweiten Entwurfs wurde wörtlich übernommen. Diese beiden §§ 1286 und 1314 sind dann in die Reichstagsvorlage ebenfalls wörtlich übergegangen (§§ 1370 und 1399 der Reichstagsvorlage). Lediglich der bis dahin für selbstverständlich gehaltene Satz: „Soweit sie nicht der Mann zu tragen hat", ist hier ausdrücklich noch hinzugefügt worden.

Wir können also als Ergebnis feststellen, daß jene vorstehend zitierten Bestimmungen der Entwürfe genau den heutigen §§ 1387 bzw. 1416 I entsprechen. Die Intentionen, die bei ihrer Schaffung im ersten Entwurf maßgebend waren, sind mit ihnen unverändert durch den zweiten Entwurf und die Reichstagsvorlage in das BGB übergegangen und geben den heutigen diesbezüglichen Vorschriften Sinn und Bedeutung, in deren Rahmen sich jegliche Auslegung zu halten hat. Es gilt also entsprechend dem Werdegang dieser gesetzlichen Normierung, daß die Kosten eines Rechtsstreits der Ehegatten untereinander deswegen das Vorbehaltsgut treffen sollen, weil eine anderweitige Regelung der Billigkeit nicht entsprechen würde. Auf diesen Grundsatz darf sich daher der Mann von Anfang an berufen.

Zudem muß zur weiteren Stützung der hier vertretenen Ansicht darauf hingewiesen werden, daß eine Kostenvorschußpflicht des Mannes in Ehegattenprozessen noch aus einem anderen Grunde nicht zu begründen ist: Wie bereits des öfteren betont wurde, sind sich Anhänger und Gegner der Kostenvorschußpflicht, soweit es sich bezüglich der letzteren nicht gerade um die Vertreter der Unterhaltstheorie handelt, darüber einig, daß die Grundlage für diese Verpflichtung nur in den güterrechtlichen Bestimmungen des BGB gefunden werden kann. Insoweit dieselbe sich nicht aus den Lastentragungsbestimmungen herleiten läßt, ist für sie kein Raum. Nun ist es aber ganz klar — und das kann auch nicht von denen, die eine Kostenvorschußpflicht in Ehegattenprozessen für gegeben halten, bezweifelt werden —, daß eine Kostentragungspflicht des Mannes in diesen Prozessen nie aus dem Gesichtspunkt der güterrechtlichen Gedanken hergeleitet werden kann, sondern, wenn sie überhaupt besteht, dann beruht sie darauf, daß dem Mann die Kosten kraft richterlichen Spruchs oder aus sonstigen prozessualen Umständen heraus, auferlegt sind. Seine Kostentra-

gungspflicht resultiert dann also nicht aus seiner güterrechtlichen Lastentragung, sondern sie hat ihren Ursprung außerhalb des gesamten materiellen Rechts in den prozeßrechtlichen Vorschriften der §§ 91 ff. ZPO. Daß aber aus einer so gearteten Kostentragungspflicht, von der also als solcher nur in einem besonderen Sinne gesprochen werden kann, keine Kostenvorschußpflicht erwachsen kann, das bedarf wohl keiner weiteren Erörterung mehr [80]). Wenn das Reichsgericht nun, vom Standpunkt der Billigkeit, sein Ergebnis zu rechtfertigen versucht, indem vom § 1416 II,2 BGB auf den Abs. I dieses Paragraphen Rückschlüsse gezogen werden sollen [81]), dann muß auch diese Schlußfolgerung als unangebracht zurückgewiesen werden. Denn es ist nicht zulässig, von Satz 2 in Abs. 2 des § 1416 auf den ersten Absatz dieses Paragraphen zu schließen, da der Mann bei einem Rechtsstreit der Frau gegen ihn in einem ganz anderen Verhältnis zu der Frau steht, als wenn diese mit einem Dritten prozessiert [82]). Im zweiten Falle bedeutet es eine wahrhaft harte Zumutung für den Mann, seiner Frau die Mittel für einen gegen ihn gerichteten Rechtstreit zu gewähren, während beim Prozesse der Frau mit einem Dritten der Mann selbst wohl immer das größte Interesse an einem glücklichen Ausgang dieses Prozesses hat und mehr oder weniger willig und gerne die Kostenvorschüsse bezahlt.

Schließlich soll nicht an jenen Ausführungen der Güterrechtstheorie vorübergegangen werden, in denen dargelegt wird, daß eine Kostenvorschußpflicht des Mannes in Ehegattenprozessen dann nicht begründet sei, wenn die Rechtsverfolgung der Frau aussichtslos oder frivol sei [83]). Gerade hierin zeigen sich noch einmal sehr deutlich die Schwächen dieser Theorie bezüglich der von ihr konstruierten Kostenvorschußpflicht des Mannes in Ehegattenprozessen. Trotz der in allen diesen Prozessen bestehenden Unsicherheit darüber, ob der Mann auch wirklich nach Abschluß

---

[80]) Von einigen Gegnern der Güterrechtstheorie in der Frage der Kostenvorschußpflicht im Ehegattenprozeß wird erklärt, außer dem Kostenerstattungsanspruch, den die Frau unbestritten nach siegreichem Ausgang des Prozesses gegen den Mann habe, könne allerdings auch schon zu Beginn des Rechtsstreites von einem Kostenanspruch der Frau gesprochen werden. Es sei dies ein Anspruch, der behaftet sei mit der Bedingung des für die Frau siegreichen Ausganges des Prozesses. Daraus ergebe sich dann eine lediglich bedingte Pflicht des Mannes zur Kostentragung. Mit Recht wird aber betont, daß aus einem derartigen Anspruch niemals eine Verpflichtung des Mannes hergeleitet werden könne, diesen möglicherweise später unbedingt werdenden Anspruch der Frau schon im Voraus zu erfüllen, da eine Vorschußpflicht für eine nur bedingte Forderung als vollkommen anormal zu bezeichnen sei. (Vgl. Staudinger § 1387, 3 e; Ullmann ArchzivPr. 92/296; Seuffert 6 a vor § 91; Herold a. a. O. S. 848).

[81]) Vgl. oben S. 15.

[82]) Herold in GruchBeitr. 46/847.

[83]) Vgl. oben S. 17.

des Rechtsstreits die Kosten zu tragen haben wird, soll bekanntlich eine Kostenvorschußpflicht gerechtfertigt sein. Erst dann, wenn diese Ungewißheit einen mehr oder weniger hohen Grad annimmt, kommt man zur Einsicht, welche Gefahren diese Konstruktion aufweist, und daß sie im Grunde genommen zu einem unhaltbaren Ergebnis führen muß. Dieser Einsicht verschließt man sich aber und nimmt lieber eine Inkonsequenz in Kauf, damit das auf allzu schwankendem Fundament aufgebaute Gebäude dieser Theorie nicht zusammenbricht. Die hier behauptete Unlogik liegt auf der Hand; denn es geht nicht an, wenn schon einmal trotz der großen Zweifelhaftigkeit der Frage, ob für den Mann eine Kostenlast entstehen wird, eine Verpflichtung zur Kostenvorschußleistung angenommen wird, dann plötzlich einen Einschnitt zu machen und bei darüber hinausgehender größerer Ungewißheit das Gegenteil für richtig zu halten. Wenn eine Kostenvorschußpflicht bei sehr großer Ungewißheit nicht begründet ist, dann kann sie es auch folgerichtig nicht bei weniger großer Zweifelhaftigkeit des Prozeßausgangs sein.

Dieses Ergebnis führt in keiner Weise zu Unzuträglichkeiten für die Frau etwa derart, daß sie nicht in der Lage wäre, gegen ihren Mann gerichtlich vorzugehen. Besitzt sie eigenes Vermögen, so kann sie sich daraus die Mittel zum Prozeßbetrieb verschaffen. Handelt es sich um eingebrachtes Gut, so entsteht allerdings die Frage, ob der Mann angehalten werden kann, der Frau einen Kostenvorschuß aus ihrem eingebrachten Gut zu gewähren. Ausdrücklich ist ihm eine solche Verpflichtung nicht auferlegt, und auch § 1402 BGB verpflichtet den Mann nicht dazu, Aufwendungen aus dem eingebrachten Gut zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau zu machen. Jedoch ist der Mann verpflichtet, einem Rechtsgeschäft der Frau zuzustimmen und ihm dadurch Wirkung gegen das eingebrachte Gut zu geben, soweit dieses Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlich ist. Zu letzteren gehört aber auch die Beschaffung der zur Führung der Rechtsstreitigkeiten der Frau notwendigen Geldmittel. Für den Fall, daß der Mann die Zustimmung zur Verfügung der Frau über ihr eingebrachtes Gut ohne ausreichenden Grund verweigert, kann die Frau dieselbe jederzeit gemäß § 1402 BGB durch das Vormundschaftsgericht ersetzen lassen [84]).

---

[84]) Vgl. hierzu auch Aal a. a. O. S. 564; Bürck JW 00/270; Wieruszowsky, Eherecht § 9 Anm. 87. — Zu Unrecht wird von einigen — so Barre Recht 00/204; Fleischmann Recht 00/151; Davidson DJZ 1900 S. 160 ff — dieser Weg als umständlich bezeichnet und erklärt, die Kostenvorschußgläubiger könnten sich jederzeit an das eingebrachte Gut halten, ohne daß der Ehemann zu einem Widerspruch berechtigt sei. Dies folge aus § 1412 II wo es heißt: „Für die Kosten eines Rechtsstreits der Frau haftet das eingebrachte Gut der Frau auch dann, wenn das Urteil dem Mann gegenüber in

Im übrigen besteht für die Frau noch eine zweite Möglichkeit, in dieser Hinsicht zum Ziel zu kommen, da ihr ein direkter Anspruch gegen den Mann auf Gewährung der notwendigen Prozeßmittel aus dem eingebrachten Gute zusteht. Dieser Anspruch gründet sich auf § 1374 BGB [85]). Danach hat der Mann das Recht und die Pflicht der Verwaltung des eingebrachten Gutes mit dem Ziel der Erhaltung desselben zu den Zwecken der Ehe. Zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes gehört es aber sicherlich, daß der Mann der Frau die erforderlichen Mittel hierzu bereitstellen muß, damit sie ihre Interessen gegen ihn wahrnehmen kann. Mit dieser Verpflichtung des Mannes ist der Frau der erforderliche Schutz gewährt, da sie dadurch in die Lage versetzt wird, den beabsichtigten Prozeß zur Durchführung zu bringen.

Für den Fall schließlich, daß die Frau kein eigenes Vermögen besitzt, ihr also der vorerwähnte Weg versagt ist, wird ihr durch die Einrichtung des Armenrechts die Möglichkeit einer Prozeßführung gegen den Mann gewährt.

§ 7. Die Kostenvorschußpflicht innerhalb der vertraglichen Güterstände des BGB.

1. Im Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Für die Begründung der Kostenvorschußpflicht in den Fällen, in denen die Ehegatten abweichend vom Recht des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung durch Ehevertrag die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft eingeführt haben, muß ebenfalls der in dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung hervorgehobene Leitgedanke, nämlich daß, soweit eine Kostentragungspflicht des Mannes besteht, aus ihr auch eine Kostenvorschußpflicht abzuleiten ist, an die Spitze gestellt werden. Die besondere Struktur dieser hier zur Erörterung stehenden Güterstände erfordert allerdings eine in vielem von den Grundsätzen der Verwaltungsgemeinschaft abweichende Regelung bezüglich der Kostenschuldenhaftung.

Ansehung des eingebrachten Gutes nicht wirksam ist." Es sei daher nicht nötig, daß die Frau auf jene umständliche Art und Weise über das Vormundschaftsgericht die zum Prozeßbetrieb notwendigen Beträge aus dem eingebrachten Gut erhalte. Einmal ist es nicht einzusehen, inwiefern dieser oben bezeichnete Weg umständlich sein soll, da im Gegenteil die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von der Frau jederzeit leicht und schnell erwirkt werden kann. Sodann dürfte zu der Ansicht, die im § 1412 BGB eine Möglichkeit für die Frau erblickt zu den notwendigen Prozeßkosten zu kommen, zu sagen sein, daß diese Bestimmung lediglich eine Haftung des eingebrachten Gutes gegenüber den Kostengläubigern ergibt, und sonach hieraus nicht unmittelbar ein Anspruch der Frau gegen den Mann abgeleitet werden kann.

[85]) Vgl. hierzu auch Müller DJZ 13/1438.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ergibt sich dieselbe aus der Tatsache, daß hier keine grundsätzliche Trennung der Vermögensmassen der Ehegatten vorgenommen ist, wie in dem zuerst behandelten Güterstand. Nach § 1438 BGB wird nämlich das Vermögen des Mannes und das der Frau mit dem Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten, sogen. Gesamtgut, während im übrigen den selbständigen Vermögensmassen des Mannes und der Frau, dem Vorbehalts- und Sondergut, keine größere Bedeutung zukommt. Aus diesem Prinzip der Gemeinschaftlichkeit der beiden Ehegattenvermögen ergeben sich die für die Frage der Schuldenhaftung des Mannes besonders gestalteten Vorschriften der §§ 1459 und 1460 ff. BGB. Nach diesen Regeln bestimmt sich vor allem auch die Haftung des Mannes für Prozeßkosten der Frau. Die maßgebliche Vorschrift enthält hierfür der § 1468 II in Verbindung mit § 1459 II BGB. Der erstere lautet: „Für die Kosten eines Rechtsstreits der Frau haftet das Gesamtgut auch dann, wenn das Urteil dem Gesamtgute gegenüber nicht wirksam ist."

Nach § 1459 II BGB haftet der Mann für Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, auch persönlich als Gesamtschuldner.

Von den grundsätzlichen Gegnern jeder Kostenvorschußpflicht des Mannes, die eine solche nicht nur für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, sondern auch für die übrigen Güterstände leugnen [86]), wird unter Bezugnahme auf jene Bestimmungen ausgeführt, daß sich daraus zwar eine Haftung des Mannes gegenüber den Kostengläubigern der Frau ergebe, daß sich aber ein Anspruch der Frau gegen den Mann auf Kostenerstattung nicht begründen lasse, geschweige denn, daß diese Vorschriften einen Kostenvorschußanspruch der Frau rechtfertigten.

Hierzu läßt sich nun folgendes sagen: Es ist zwar richtig, daß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht ohne weiteres die wechselseitige Beziehung zwischen der Haftung des Mannes gegenüber den Gläubigern der Frau und seiner Haftung im Innenverhältnis gegenüber seiner Frau wie bei den §§ 1387 und 1388 besteht, da § 1459 II nur auf das Außenverhältnis zu beziehen ist. Trotzdem läßt sich auch hier leicht ein unmittelbarer Anspruch der Frau gegen den Mann auf Kosten- bzw. Kostenvorschußzahlung konstruieren. Die Begründung für diesen ergibt sich aus der güterrechtlichen Stellung des Mannes zu seiner Frau. Dem Manne obliegt nämlich gemäß § 1443 I BGB die ausschließliche Verwaltung des Gesamtgutes, welches daher der Verfügungsgewalt der Frau entzogen ist. Sie kann infolgedessen nicht

[86]) Insbesondere Bürck JW 00/270; Seuffert 6 a bb vor § 91; Staudinger § 1460, 4; Stein-Jonas VI C 1 vor § 606; OLG Königsberg in Rspr. 1/272. OLG Zweibrücken in Recht 00/284.

ohne weiteres die ihr obliegenden Verbindlichkeiten daraus berichtigen. Aus dieser Situation folgt aber für den Mann die selbstverständliche Verpflichtung seiner Frau gegenüber, das Gesamtgut ordnungsgemäß zu verwalten, woraus wiederum gefolgert werden muß, daß der Mann dafür zu sorgen hat, daß die Verbindlichkeiten der Frau, die das Gesamtgut treffen, auch aus diesem bezahlt werden, damit nicht die Frau gezwungen ist, ihr Vorbehalts- oder Sondergut dafür anzugreifen. Der Mann muß aus diesem Grunde die Prozeßkostenschulden der Frau, da für sie ja den Kostengläubigern das Gesamtgut verhaftet ist, aus diesem berichtigen, d. h. nach den oben gewonnenen Erkenntnissen, die Frau hat nicht nur einen endgültigen Kostentragungsanspruch gegen den Mann, sondern auch entsprechend einen Anspruch auf Bezahlung der Kostenvorschüsse.

Während nun eine Kostenvorschußhaftung des Mannes im Verhältnis zu den Kostengläubigern der Frau für alle Rechtsstreitigkeiten derselben begründet ist, und zwar derart, daß jene vom Manne Berichtigung ihrer Kostenforderungen aus seinem eigenen selbständigen Vermögen verlangen können, gilt eine derartige Haftung gegenüber der Frau nur grundsätzlich. Das Gesetz hat nämlich wichtige Ausnahmen von diesem Prinzip bestimmt, die in den §§ 1463 und 1464 BGB enthalten sind.

Nach diesen Bestimmungen fallen im Verhältnis der Ehegatten zueinander die Kosten folgender Rechtsstreitigkeiten der Frau dieser zur Last:

1. Die Kosten eines Rechtsstreits über eine Verbindlichkeit der Frau aus einer unerlaubten Handlung, die sie nach dem Eintritt der Gütergemeinschaft begeht (§ 1463 Nr. 3 in Verbindung mit Nr. 1);

2. die Kosten eines Rechtsstreits über eine Verbindlichkeit der Frau aus einem sich auf ihr Vorbehaltsgut beziehenden Rechtsverhältnis (§ 1463 Nr. 3 in Verbindung mit Nr. 2);

3. die Kosten eines Rechtsstreits zwischen ihnen, soweit sie nicht der Mann zu tragen hat (§ 1464 I);

4. die Kosten eines Rechtsstreits der Frau mit einem Dritten, wenn das Urteil dem Gesamtgut gegenüber nicht wirksam ist (§ 1464 II).

In diesen vier Fällen besteht also keine Verpflichtung des Mannes, der Frau die Kosten dieser Prozesse aus dem Gesamtgut zur Verfügung zu stellen, und damit entfällt selbstverständlich auch ihr gegenüber eine etwaige Kostenvorschußpflicht. Insbesondere gilt diese Regelung also wiederum wie im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung für Ehegattenprozesse, was aus der vorstehenden Nr. 3 ersichtlich wird. Es sind hier diesel-

ben Gedankengänge maßgebend, die zu § 1416 angestellt wurden [87]).

Es ist klar, daß diejenigen, welche im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung eine Kostenvorschußpflicht des Mannes in Ehegattenprozessen als zu recht bestehend anerkennen, eine solche auch aus § 1464 I für die allgemeine Gütergemeinschaft für begründet erachten [88]). Allerdings fehlen für diesen Güterstand besondere Begründungen, es wird lediglich auf die Ausführungen zu § 1416 I Bezug genommen.

Diese Ansicht kann jedoch, wie sich aus den eingehenden Begründungen bei der entsprechenden Frage im Rahmen der Verwaltungsgemeinschaft erkennen läßt, nicht gebilligt werden. Es sind dieselben Bedenken auch hier vorzubringen, da der maßgebliche § 1464 I mit dem entsprechenden § 1416 I im Wortlaut übereinstimmt. Im übrigen gelten, soweit eine Kostenvorschußpflicht innerhalb der allgemeinen Gütergemeinschaft anzuerkennen ist, die sämtlichen übrigen Grundsätze wie beim gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung.

2. Im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft.

Bei dem zweiten vertraglichen Güterrechtssystem, der Errungenschaftsgemeinschaft, handelt es sich um einen Güterstand, der im wesentlichen auf einer Zusammenfassung der Vorschriften der Verwaltungsgemeinschaft und derjenigen der allgemeinen Gütergemeinschaft beruht. Die hier vorhandenen Vermögensmassen sind das Gesamtgut, das eingebrachte Gut jedes der beiden Ehegatten und das Vorbehaltsgut der Frau. Während für die Ordnung der Gesamtgutsverhältnisse zur Hauptsache die Vorschriften der allgemeinen Gütergemeinschaft bestimmend gewesen sind, weist die Regelung, die für das eingebrachte Gut getroffen ist, eine starke Aehnlichkeit mit den Gedanken der Verwaltungsgemeinschaft auf. Es kann dabei von vornherein nicht zweifelhaft sein, daß das Ergebnis, zu dem wir in der Frage der Kostenvorschußpflicht bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft kommen, demjenigen bei dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung bzw. der allgemeinen Gütergemeinschaft entsprechen muß.

Zunächst sei hervorgehoben, daß ebenso wie bei den beiden vorgenannten Güterständen auch hier eine Reihe von Schriftstel-

---

[87]) S. oben S. 25 ff.

[88]) RGKomm § 1460, 5; Fischer-Henle Note 4 zu § 1460: Warneyer § 1460; Soergel § 1460; Planck § 1460; Neumann § 1460 Note 3; Opet § 1460 2; Meisner zu § 1460—1462; Erler a. a. O. S. 207; Scherer § 1460 Note 4; RG 46/354 = RG in Seuff Arch. 56/187, 188 = RG JW 00/339; OLG München Rspr. 21/231.

lern [89]) und mehrere Gerichte [90]) eine Kostenvorschußpflicht des Mannes ablehnen. Eine selbständige Begründung wird nicht gegeben, sondern es wird auf die Gründe, die für diese Ansicht zur Ablehnung der Kostenvorschußpflicht im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung führten, verwiesen.

Nach den für diese Frage in dem hier zu behandelnden Güterstand maßgeblichen Bestimmungen ergibt sich jedoch folgendes:

Gemäß § 1529 II BGB trägt das Gesamtgut außer dem im ersten Absatz erwähnten ehelichen Aufwand die Lasten des eingebrachten ehelichen Gutes beider Ehegatten. Der Umfang dieser Lasten erhellt aus den §§ 1384—1387 BGB, auf die ausdrücklich Bezug genommen ist. Zu den Lasten des eingebrachten Gutes gehören demnach vor allem auch die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau führt, soweit sie nicht dem Vorbehaltsgut der Frau zur Last fallen. Ueber letzteres geben wiederum die §§ 1415 und 1416 BGB Auskunft. Nun folgt weiterhin aus § 1531 in Verbindung mit § 1529 II BGB, daß das Gesamtgut für die Prozeßkosten der Frau, soweit sie nach § 1387 in Verbindung mit §§ 1415 und 1416 als Lasten des eingebrachten Gutes vom ersteren getragen werden müssen, den Kostengläubigern der Frau haftet. Nach § 1530 II BGB ergibt sich schließlich, daß der Mann für diese Kostenschulden, insoweit es sich dabei um Gesamtgutsverbindlichkeiten handelt, den Gläubigern der Frau auch persönlich als Gesamtschuldner verbunden ist.

Für das Weitere gelten dann dieselben Grundsätze wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft bzw. Verwaltungsgemeinschaft. Während die Kosten der Ehegattenprozesse dem Vorbehaltsgut zur Last fallen, soweit sie nicht dem Manne auferlegt sind, und daher insoweit keine Kostenvorschußpflicht des Mannes bestehen kann [91]), hat die Frau gegenüber dem Manne, soweit ihre Kostenschulden Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, einen Anspruch auf Kostenerstattung und Kostenvorschußzahlung aus dem Gesamtgut, und zwar gründet sich dieselbe auf die Pflicht des Mannes zu ordnungsmäßiger Verwaltung des Gesamtgutes (§ 1519 II in Verbindung mit § 1443 BGB.) Es ergibt sich also hier derselbe Gedanke, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Endlich darf bezüglich der Fahrnisgemeinschaft auf die vorstehend dargelegte Regelung verwiesen werden, da die diesbezüglichen Vorschriften der §§ 1549 und 1550 BGB ausdrücklich darauf Bezug nehmen.

---

[89]) S. u. a. Bürck JW 00/270; Seuffert 6 a γ vor § 91; Staudinger § 1529, 3; Stein-Jonas VI C 2 vor § 606.

[90]) U. a. OLG Frankfurt Rspr. 1/268; LG Darmstadt DJZ 00/157.

[91]) Ebenso: Staudinger § 1529, 3; Stein-Jonas VI C 1 vor § 606; Seuffert 6 a vor § 91; Bürck JW 00/270; OLG Frankfurt 1/268; LG Darmstadt DJZ 00/157; A. A. u. a. Planck § 1529, 5; RGRKomm § 1529, 5; Opet § 1532, 3; OLG Frankfurt SeuffA. 57/150.

§ 8. Die Kostenvorschußpflicht im Güterstande der Gütertrennung.

Abweichend von den bisher behandelten Güterständen, in denen auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Kostenregelung unter gewissen Voraussetzungen eine Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber seiner Frau herzuleiten war, ergeben sich beim gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung besondere Verhältnisse. Bei diesem Güterstand bewahren die Vermögen der Ehegatten ihre vollständig getrennte Selbständigkeit. Die in der Gütertrennung lebende Frau steht in vermögensrechtlicher Beziehung einer unverheirateten gleich. Daraus erklärt es sich, daß einem solchen Güterstand derartige Vorschriften mit ihren komplizierten Regelungen, wie sie bei den übrigen Güterrechtssystemen zu finden waren, vollkommen unbekannt sind. Es genügen zur Ordnung dieses Güterrechtssystems die wenigen Vorschriften der § 1426—1431 BGB, die zur Hauptsache lediglich der Regelung der ehelichen Lebenshaltung dienen. Die einzige Pflicht, die dem Manne obliegt, ist gemäß § 1427 BGB die Verpflichtung zur Tragung des ehelichen Aufwandes. Im übrigen kennt dieser Güterstand keine Verpflichtung des Mannes zu irgendwelchen Lastentragungen gegenüber der Frau. Insbesondere vermissen wir die für unsere Untersuchungen grundlegende Norm, die den Mann etwa zum Tragen von Prozeßkosten der Frau verpflichten würde. Daraus folgt ohne weiteres, da außerhalb der güterrechtlichen Rechtsverhältnisse der Ehegatten bekanntlich keinerlei Raum für das Bestehen einer Kostenvorschußpflicht des Mannes ist, daß bei der Gütertrennung eine derartige Verpflichtung des Mannes gegenüber seiner Frau nicht begründet sein kann [92]).

Allerdings ergibt sich hiervon dann eine Ausnahme, wenn die Frau gemäß § 1430 dem Manne ihr Vermögen zu seiner freien Verwaltung überläßt. Trotzdem kann auch in diesem Falle nicht von einer Kostenvorschußpflicht des Mannes im üblichen Sinn gesprochen werden, da unter diesen Umständen der Mann seiner Frau die von ihr benötigten Prozeßmittel nur aus ihrem ihm überlassenen Vermögen bereitzustellen hat [93]). Aber diese Verpflichtung obliegt dem Manne nicht etwa aus güterrechtlichen Gesichtspunkten, sondern, wie richtig erkannt ist [94]), aus dem zwischen ihm und der Frau durch die Vermögensüberlassung ausdrücklich oder stillschweigend begründeten Auftragsverhältnis. Eine Haftung des Mannes gegenüber den Kostenvorschußgläubigern der Frau, wie dieses in sonstigen Güterständen der Fall ist, scheidet voll-

---

[92]) Diesen Standpunkt nehmen ein sämtliche Vertreter der güterrechtlichen Theorie, ferner die gesamte Praxis und natürlich auch die Gegner der Kostenvorschußpflicht.

[93]) Planck § 1430 I, 5; Staudinger § 1430, 3 β.

[94]) RGRKomm § 1430, 2.

kommen aus, da hier wegen des rein internen Auftragsverhältnisses zwischen dem Mann und seiner Frau irgendeine Rechtsbeziehung zu den Kostengläubigern nicht gegeben ist [95]).

Zu einem anderen Ergebnis in der Frage der Kostenvorschußpflicht des Mannes im Rahmen der Gütertrennung können natürlicherweise nur die Vertreter der Unterhaltstheorie [96]) kommen. Da sie die Kostenvorschußpflicht aus dem in völliger Unabhängigkeit von den Güterständen stehenden § 1360 herleiten, ist es für sie vollkommen belanglos, in welchem der einzelnen Güterrechtssysteme die Eheleute miteinander leben. Sie sehen gerade in der Tatsache, daß bei der Gütertrennung von den Vertretern der güterrechtlichen Theorie eine Kostenvorschußpflicht des Mannes nicht anerkannt wird, mit ein Hauptargument für ihre Ansicht, da die Güterrechtstheorie mit diesem Ergebnis zu großen Unbilligkeiten führe [97]).

Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ist bereits oben [98]) dargelegt. Daß aber das hier gefundene Ergebnis nicht unbillig sein kann, folgt ganz einfach aus dem vorstehend dargelegten besonderen Wesen der Gütertrennung. Der Gesetzgeber wollte eben dem Manne in diesem Falle, in dem er an dem Frauenvermögen keinen Anteil hat, auch keine besonderen vermögensrechtlichen Verpflichtungen auferlegen. Diese Regel aber entspricht durchaus dem gesunden und billigen Empfinden jedes gerecht Denkenden.

§ 9. Die Gewohnheitsrechtstheorie.

Kritik und Würdigung.

Als letzte der Theorien, welche die Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber seiner Frau bejahen, ist die sogen. Gewohnheitsrechtstheorie [99]) zu nennen. Diese Bezeichnung findet ihre Rechtfertigung darin, daß von den Vertretern dieser Lehrmeinung ohne Rücksicht darauf, ob die hier zur Rede stehende Verpflichtung im Gesetze eine Grundlage findet, angenommen wird, angesichts der fast einmütigen Praxis der Gerichte habe sich bereits ein Gewohnheitsrecht gebildet, wodurch diese Frage im bejahenden Sinne ihre Erledigung gefunden habe.

---

[95]) Siehe auch Staudinger § 1430. 3 b, der im übrigen darauf hinweist, daß die Gläubiger in den der Frau gegen den Mann etwa zustehenden Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung dieser Verpflichtung die Zwangsvollstreckung betreiben können.

[96]) S oben S. 6 ff.

[97]) So Dengel § 15; Hellwig § 245 VI, 2 a.

[98]) S. 8 ff.

[99]) Vertreter dieser Theorie sind: Baumbach ZPO 6 vor § 91; Freudenthal-Sauerländer ZPO § 627 Nr. 4; Förster-Kann ZPO 3 a vor § 606; Walsmann ZZP 1929/366; Seuffert ZPO 6 a, α vor § 91; LG Dessau JW 25/393.

Im einzelnen wird erklärt [100]), die Konstruktion der Unterhaltstheorie gehe völlig fehl, da das BGB eine Erweiterung des Unterhaltsbegriffs, wie ihn das frühere Recht gekannt habe, nicht zulasse [101]). Maßgeblich könnten lediglich die im Güterrecht zusammengefaßten Bestimmungen, die die Lastentragung des Mannes aus seiner Stellung als Verwalter des Frauenvermögens regelten, sein. Jedoch dürfe nicht übersehen werden, daß auch gegen die Konstruktion der güterrechtlichen Theorie große Bedenken sprächen und daß diese Deduktionen keinesfalls hieb- und stichfest seien [102]). Da aber das Reichsgericht und fast alle anderen deutschen Gerichte seit dem Bestehen des BGB trotz der vielen Angriffe, die gegen die Entscheidungen dieser Gerichte erhoben worden seien, eine Begründung für die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes, insbesondere auch in Ehegattenprozessen, gefunden hätten, sei diese Verpflichtung jetzt gewohnheitsrechtlich verankert, ohne daß es eines Eingehens auf die positiven Vorschriften des Bürgerlichen Gestzbuchs bedürfe, und es dürfte zwecklos sein, dagegen anzukämpfen [103]).

Zu diesen Ausführungen ist zu sagen, daß es in zweierlei Hinsicht durchaus abwegig ist, die Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber seiner Frau als in gewohnheitsrechtlicher Uebung verankert zu bezeichnen. Einmal erübrigt es sich, insoweit ein Gewohnheitsrecht anzunehmen, als diese Verpflichtung unmittelbar im Gesetz geregelt ist. Im übrigen aber, soweit also die Kostenvorschußpflicht im Gestz keine Grundlage findet, kann dieselbe niemals durch die Annahme eines Gewohnheitsrechts gerechtfertigt werden. Die Vertreter der Gewohnheitsrechtstheorie verkennen ganz offensichtlich die Voraussetzungen, die zur Bildung eines Gewohnheitsrechts erforderlich sind. Von einem solchen kann nur dann gesprochen werden, wenn die Anwendung eines Rechtssatzes, der sich nicht ausdrücklich aus einer positiven Gesetzesbestimmung ableitet, auf dem allgemeinen Willen und der Ueberzeugung der Gemeinschaft der Rechtsübenden von seiner Rechtsverbindlichkeit beruht [104]). Aus dieser Definition ergibt sich aber ohne weiteres, daß die langandauernde Uebung der reichs-

---

[100]) Förster-Kann a. a. O.

[101]) Freudenthal-Sauerländer § 627, 4.

[102]) Förster-Kann a. a. O. 3 c α: Dieser weist besonders auf die Schwierigkeit hin, die sich aus § 1394 BGB bezüglich der Durchsetzung des Kostenvorschußanspruchs ergäbe. Ebenso Freudenthal-Sauerländer: § 627 Anm. 4: „Eine Verpflichtung des Mannes, seiner Frau die Kosten des Eheprozesses vorzuschießen, findet in den güterrechtlichen Bestimmungen keine überzeugende Stütze. Walsmann a. a. O. steht zwar grundsätzlich auf dem Boden der güterrechtlichen Theorie. Unter Hinweis auf Förster-Kann und Hellwig möchte er jedoch ebenfalls ein Gewohnheitsrecht annehmen.

[103]) Seuffert ZPO: 6 a α vor § 91.

[104]) Gierke a. a. O. S. 167; Enneccerus I, 1. S. 82.

gerichtlichen Rechtsprechung als solche niemals ein Gewohnheitsrecht bilden kann, es sei denn, daß sie unmittelbar auf der gemeinschaftlichen Ueberzeugung des Volkes beruhen würde, daß der betreffende Rechtsstandpunkt ein Rechtssatz sei und zur Anwendung kommen müsse. Von letzterem kann aber durchaus nicht die Rede sein, was indirekt schon daraus hervorgeht, daß die reichsgerichtliche Rechtsprechung immer wieder von einer großen Anzahl maßgeblicher Juristen in Wissenschaft und Praxis bekämpft worden ist. Aber selbst wenn man die langjährige Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes in Ehegattenprozessen als maßgeblich erscheinen lassen wollte, dann würde man doch nur höchstens zur Annahme eines sogen. Gerichtsgebrauches kommen. Rechtsbegründende Wirkung ist einem solchen jedoch niemals beigelegt [105]). Die Praxis als solche ist nie eine Rechtsquelle, das einzelne Gericht kann stets von seiner Praxis abgehen und kein Gericht ist an die Praxis eines anderen gebunden. Man kann zwar sagen, daß die Praxis des höheren Gerichts für die unteren Gerichte Autorität besitzt, aber neues Recht schafft sie darum, wie gesagt, doch nicht. Damit dürfte die Unmöglichkeit, die hier zur Rede stehende Verpflichtung des Mannes, soweit sie sich nicht im Gesetz begründen läßt, aus dem Gesichtspunst des Gewohnheitsrechts herzuleiten, hinreichend dargetan sein.

2. Abschnitt.

Einzelfragen von besonderer Bedeutung.

§ 10. Gegenstände der Haftung des Mannes für seine Kostenvorschußverpflichtung.

Während bei den vertraglichen Güterständen keinerlei Zweifel auftauchen, daß, soweit eine Kostenvorschußhaftung des Mannes besteht, diese sich gegenüber der Frau nur auf das jeweilige Gesamtgut erstreckt, während in all diesen Fällen im Verhältnis zu den Gläubigern eine persönliche Haftung des Mannes gegeben ist, besteht beim gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung Streit darüber, ob der Mann zur Erfüllung seiner Kostenvorschußverpflichtung die entsprechenden Beträge aus dem eingebrachten Gut nehmen darf, oder ob er ausschließlich persönlich mit seinem eigenen Vermögen dafür verhaftet ist.

---

[105]) Daher muß es für diesen Fall genau so fern liegen, ein Gewohnheitsrecht anzunehmen, wie etwa, um ein Beispiel zu nennen, wenn auf dem Gebiete des Strafrechts erklärt würde, da das RG in ständiger Rechtsprechung in der Frage des strafbaren Versuchs die subjektive Theorie vertrete, dürfte die Ansicht der Wissenschaft, die auf dem Standpunkt der objektiven Theorie steht, keine Beachtung finden, da die erstere durch die Praxis des RG gewohnheitsrechtlich festgelegt sei.

Nicht unerheblich ist die Anzahl derjenigen, welche die Ansicht vertreten, für die Kostenvorschußpflicht des Mannes hafte lediglich das eingebrachte Gut der Frau [106]). Dies soll sich aus der Vorschrift des § 1412 BGB ergeben [107]), worin bestimmt ist, daß für die Kosten eines Rechtsstreits grundsätzlich das eingebrachte Gut zu haften habe. Es wird daher eine Verpflichtung des Mannes zur Kostenvorschußzahlung nicht anerkannt, wenn nicht genügend eingebrachtes Gut der Frau vorhanden ist. Denn, so wird erklärt [108]), es sei davon auszugehen, daß die Verpflichtung des Ehemannes zur Kostentragung aus dem ihm zustehenden Recht der Verwaltung und Nutznießung des Frauenvermögens folge. Daraus aber ergebe sich ohne weiteres, daß von einer Verpflichtung zur Kostentragung und demgemäß zum Vorschuß derselben seitens des Ehemannes nur dann gesprochen werden könne, wenn dieser tatsächlich seiner Verwaltung und Nutznießung unterliegendes Vermögen seiner Frau in Händen habe.

Diese Ausführungen gehen jedoch vollständig fehl. Vielmehr haftet der Mann zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit mit seinem ganzen Vermögen und nur mit diesem. Zwar enthält der Wortlaut des § 1387 BGB nichts darüber, daß der Mann persönlich für die Verpflichtung zur Kostentragung und zum Kostenvorschuß einzustehen habe. Dieser beondere Hinweis ist jedoch nur deswegen nicht im § 1387 aufgenommen, weil es geradezu selbstverständlich ist, daß nur eine Haftung des Mannes mit seinem eigenen Vermögen in Frage kommen kann [109]). Eine andere Bedeutung kann aus dem Wortlaut der Vorschrift, in der es nur heißt, daß der Mann die Kosten schlechthin zu tragen habe, nicht entnommen werden. Zudem würde es dem Sinn und Zweck der Bestimmungen über die Lastentragung des Mannes (§§ 1384—1387) durchaus widersprechen, wenn der Mann zur Erfüllung seiner Verpflichtungen das eingebrachte Gut seiner Frau angreifen dürfte. Es ist ihm dies ebenso verwehrt, wie etwa die Antastung des Vorbehaltsguts der Frau. Eine gewisse Beziehung weist allerdings das eingebrachte Gut zu der Kostenvorschußpflicht des Mannes insofern auf, als der Mann befugt ist, die Nutzungen des Frauengutes zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu verwenden, da er dieselben ja nach den Regeln des Nießbrauchs zu Eigentum erwirbt, diese also zu seinem Eigenvermögen gehören. Aber das hat naturgemäß nichts mit der Haftung des eingebrachten Gutes in der oben geschilderten Weise zu tun. Aus den vorstehend dar-

---

[106]) Vgl. Mittelstein DJZ 00/160; Müller, DJZ 13/1438; OLG Naumburg in Rspr. 1/270; OLG Hamburg Seuff. A 59/68; OLG Jena SeuffA. 56/29.

[107]) So Mittelstein a. a. O. Demgegenüber weist Davidson in DJZ 00/161 darauf hin, daß § 1412 II nicht auf das Verhältnis der Ehegatten zu einander angewandt werden könne.

[108]) So u. a. Warneyer § 1387.

[109]) Mot. IV/266.

gestellten Gedanken ergibt sich weiterhin auch, daß es gänzlich unerheblich ist, ob die vom Ehemann aus dem eingebrachten Gut gezogenen Nutzungen die Kosten des Rechtsstreits decken [110]), oder ob überhaupt solche Nutzungen gezogen sind. Folgerichtig kommt es auch garnicht darauf an, ob eingebrachtes Gut vorhanden oder vorhanden gewesen ist [111]). Abgesehen davon würde es zu praktisch unmöglichen Ergebnissen führen, wollte man die Kostenvorschußpflicht des Mannes vom Vorhandensein eingebrachten Gutes abhängig machen. Einmal würde der hierzu erforderliche Nachweis des Vorhandenseins des eingebrachten Gutes oder etwa gezogener Nutzungen in den bei weitem meisten Fällen auf die größten Schwierigkeiten stoßen. Andererseits würde es auf große Unbilligkeiten hinauslaufen, wenn der Mann in Jahren schlechter Einkünfte aus dem Frauengut oder in Zeiten nicht mehr vorhandenen Frauengutes sich seinen Verpflichtungen entziehen könnte, nachdem er vielleicht in früheren Jahren gute Geschäfte damit gemacht hat.

§ 11. Abgrenzende Beschränkungen bezüglich der Höhe der Kostenvorschußpflicht.

Der Umfang der Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber seiner Frau in allgemeiner Hinsicht, d. h. bezüglich der Frage, welche Kosten der Mann überhaupt zu tragen hat, ergibt sich aus dem oben [112]) bereits behandelten Kostenbegriff des § 1387 BGB, der im übrigen auch für die vertraglichen Güterstände maßgebend ist. Danach erstreckt sich die Verpflichtung des Mannes, wie gezeigt, außer auf die Gerichtskostenvorschüsse auch auf die Vorschüsse des Anwalts und Gerichtsvollziehers. Während nun hinsichtlich der Höhe der zu tragenden Kostenlasten bei den Gerichts- und Gerichtsvollzieherkosten normalerweise keine Besonderheiten festzustellen sind, da dieselben als staatliche Gebühren von vorneherein in bestimmter Weise festliegen, können sich in Bezug auf die Honorarforderungen des Anwalts nicht unerhebliche Schwankungen ergeben. Obschon ebenfalls für die Gebühren des Anwalts nach den Bestimmungen der Rechtsanwaltsge-

---

[110]) In § 1297 II des ersten Entwurfs zum BGB war ausgeführt, daß die Kostentragungspflicht des Mannes sich auf die Nutzungen des eingebrachten Gutes beschränken sollte. Dieser Absatz wurde jedoch in der zweiten Lesung gestrichen, da sonst zu schwierige Abrechnungen erforderlich seien. Prot VI/274. Den Standpunkt, daß das Vermögen der Frau so umfangreich sein müsse, daß der Mann den Kostenvorschuß seiner Frau aus den Zinsen ihres Frauengutes zahlen könne, vertritt u. a. LG Dessau JW 25/393.

[111]) So auch RGRKomm § 1387, 6 a; Achilles § 1387, 1; Planck § 1387, 4; Fischer-Henle § 1387, 2; Neumann § 1387 III 2 β; Opet § 1387, 8; RG 97/176; OLG Hamburg Rspr. 38/253.

[112]) S. S. 19—20.

bühren-Ordnung an sich feste Sätze maßgebend sind, so steht es doch in Abweichung von der staatlichen Gebührenerhebung dem Anwalt frei, mit seinen Mandanten Sonderhonorare zu vereinbaren.

Aus dieser Tatsache entsteht nun bezüglich der hier zu behandelnden Verpflichtung des Mannes die Zweifelsfrage, ob derselbe seiner Frau auch für die höheren Kosten, die durch ihre diesbezüglichen Sondervereinbarungen mit dem Anwalt entstehen, verhaftet ist. In Fällen solcher Art muß von der den Kostentragungsbestimmungen zugrundeliegenden Norm ausgegangen werden, nämlich daß jene Vorschriften nur geschaffen sind, der Frau die Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten zu ermöglichen. Unter Zugrundelegung dieses Gesichtspunktes wird daher die vorstehend gestellte Frage dahin zu beantworten sein, daß der Mann die Sonderaufwendungen der Prozeßführung insoweit zu tragen hat, als ihre Bezahlung zur Prozeßführung angemessen erscheint [113]). Soweit also die Vereinbarung von Sonderhonoraren dieses Maß nicht überschreitet, ist die Verpflichtung des Mannes zur Kosten- bzw. Kostenvorschußzahlung begründet. Was darüber hinausgeht, hat die Frau selbst zu tragen. Derselbe Grundsatz muß auch für den Fall gelten, daß Mehrkosten dadurch entstehen, daß die Frau den Anwalt wechselt oder daß durch Beauftragung eines auswärtigen Anwalts etwa besondere Reisekosten erwachsen. Auch in den letzteren Fällen wird nur die Prüfung nach der Notwendigkeit und Angemessenheit der Aufwendung dieser Kosten entscheidend sein.

§ 12. Pfändbarkeit und Aufrechenbarkeit des Kostenvorschußanspruchs der Frau.

Grundsätzlich besteht nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung für den Gläubiger die Möglichkeit, will er Befriedigung für seine Forderung gegen den Schuldner erlangen, die Zwangsvollstreckung außer in körperliche Gegenstände und in Grundstücke des Schuldners auch in die Forderungen und in die anderen Vermögensrechte desselben zu betreiben. Jedoch sind ihm bezüglich der letzteren Gegenstände Beschränkungen auferlegt durch die Vorschriften der §§ 850 ff ZPO, in denen im einzelnen die Forderungen aufgezählt sind, die der Pfändung nicht unterliegen. Den Grund hierfür bilden zur Hauptsache Erwägungen wirtschaftlicher und sozialpolitischer Art insofern, als durch die Pfändung derartiger Forderungen dem Schuldner große Schäden in seiner Existenz und seiner sonstigen gesamten wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeit erwachsen würden. Zu Forderungen dieser

[113]) RGRKomm § 1387, 6 a; Sydow-Busch § 627, 5; OLG Breslau JW 26/812; OLG Köln JW 30/729. OLG Hamburg Rspr. 11/96; a. A. Dengel S. 26.

Art, die also der Pfändung nicht unterworfen sind, muß auch der Kostenvorschußanspruch der Frau gerechnet werden. Ganz allgemein läßt sich nämlich sagen, daß, würde dieser Anspruch dem Zugriff der Gläubiger der Frau unterliegen, derselben die Möglichkeit genommen wäre, die ihr zustehenden Vermögens- und sonstigen Rechte zur Durchführung zu bringen. Dies würde auf der anderen Seite in vielen Fällen wiederum zu einer Schädigung gerade der Gläubiger der Frau führen, da dieselben durch Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Existenzmöglichkeit der Frau, die etwa u. a. dadurch bedingt sein würde, daß die Frau ihre Forderungen nicht gerichtlich durchsetzen und eintreiben könnte, selbst mitbenachteiligt sein würden.

Daher besteht unter den Anhängern der Kostenvorschußpflicht des Mannes keinerlei Streit darüber, daß der Kostenvorschußanspruch der Pfändung nicht unterliegt. Die Begründungen, welche hierfür gegeben werden, weichen jedoch sehr erheblich voneinander ab:

Zunächst ergeben sich für die Vertreter der Unterhaltstheorie keinerlei Bedenken in dieser Frage. Für sie folgt die Unpfändbarkeit dieses Anspruchs aus § 850 Nr. 2 ZPO, wonach die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen nicht der Pfändung unterworfen sind. Daß aber diese Bestimmung keine Anwendung finden kann, ergibt sich daraus, daß Prozeßkosten nicht zum Unterhalt gehören, was oben eingehend belegt ist [114]).

Aus demselben Grunde ist es unmöglich, die Unpfändbarkeit dieses Anspruchs aus analoger Anwendung des § 850 Nr. 2 ZPO herzuleiten. Man erklärt [115]), zwar sei die sich aus § 1387 BGB ergebende Vorschußforderung kein Ausfluß der Unterhaltspflicht des Mannes, sie sei jedoch wegen Gleichheit des Rechtsgrundes entsprechend einer gesetzlichen Alimentenforderung zu behandeln [116]).

Diese Ansicht würde dazu führen, auf dem Umweg über § 850 Nr. 2 ZPO den Vertretern der Unterhaltstheorie doch noch Recht zu geben; denn es ist nicht abzusehen, wo dann die Grenze liegen soll zwischen der „Gleichheit des Rechtsgrundes" und der Tatsache, daß die Kostenvorschußpflicht „Ausfluß der Unterhaltspflicht" sein soll.

Gehen wir jedoch von dem vorangestellten Leitgedanken aus, daß der Kostenvorschußanspruch der Frau darauf beruht, daß der Frau die Möglichkeit der Durchführung ihrer Rechte gewährt werden muß, so ergibt sich aus letzterem seine Gebundenheit an diesen Sinn und Zweck.

---

[114]) S. S. 8 ff.

[115]) RGRKomm § 1387, 6a; OLG Hamburg SeuffA. 72 Nr. 78; Warn. § 1387 II.

[116]) So OLG Hamburg, SeuffA. 72 Nr. 78.

Es würde also der Inhalt des Anspruchs dadurch, daß die Frau ihn an einen Dritten abtreten würde, verändert werden. Aus dieser seiner höchstpersönlichen Eigenschaft ergibt sich gemäß § 399 BGB seine Unübertragbarkeit und daher auch seine Unpfändbarkeit nach § 851 I ZPO [117]). Die auf diese Art und Weise richtig erkannte Unpfändbarkeit des Anspruchs wird nun nicht etwa durch den zweiten Absatz des § 851 ZPO wieder hinfällig gemacht. Derselbe lautet:

„Eine nach § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist."

Wie schon hervorgehoben, richtet sich der Anspruch der Frau nur auf eine Befreiung von der Kostenschuld. Er kann daher nicht als ein der Pfändung unterworfener „Gegenstand" im Sinne des § 851 II angesehen werden. Das würde er nur dann sein, wenn er auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet wäre. Ein Schuldbefreiungsanspruch kann jedoch nie als eine Geldzahlungsforderung [118]) angesehen werden, weil die Geldzahlung nur eine Nebenfolge des auf den Erfolg der Schuldbefreiung gerichteten Anspruchs ist [119]).

Nichts steht dagegen im Wege, daß die Kostenvorschußgläubiger der Frau diesen Anspruch pfänden, da der Kostenvorschußanspruch der Frau gegen den Mann nur zusteht, damit sie gerade diese Gläubiger befriedige. Zudem haben die Kostenvorschußgläubiger ja auch gemäß § 1388 einen direkten Anspruch gegen den Mann. Der Gesichtspunkt der Zweckgebundenheit dieses Anspruchs steht also der Pfändung seitens dieser Gläubiger nicht entgegen.

Nachdem damit die grundsätzliche Unpfändbarkeit des Kostenvorschußanspruchs festgestellt ist, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch eine Aufrechnung gegen denselben ausgeschlossen sein muß. Das folgt klar aus § 394 BGB, wonach, soweit die Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, gegen sie auch eine Aufrechnung nicht stattfinden kann.

Außerdem finden sich in der Literatur noch verschiedene Begründungen hierfür, die der Uebersicht halber erwähnt werden

---

[117]) Vgl. hierzu Stein-Jonas § 851 II, der in der Hauptsache sich darauf stützt, daß die Zweckgebundenheit dieses Anspruchs sich aus der Tatsache seiner Durchsetzung im Wege der einstweiligen Verfügung ergebe; ferner Müller DJZ 13/1439, der allerdings in § 851 II ein Hindernis der Unpfändbarkeit sieht; im übrigen Reichel in Lp. Ztschr. V/406; Sydow-Busch § 851 II; Förster-Kann § 851, 3 e.

[118]) Rosenberg § 194 III, 4.

[119]) Die Möglichkeit einer Pfändung von Schuldbefreiungsansprüchen behaupten: v. Tuhr in Kr. V. J. Schr. 1901, 43/561 u. KG DJZ 11/476.

mögen. So wird u. a. gesagt [120]), es fehle jeder Aufrechnung das Erfordernis des § 387 LGB, da die Forderungen, die sich hier zur Aufrechnung gegenüberständen, nicht gleichartig seien, was sich aus der Natur des Anspruchs der Frau als eines Schuldbefreiungsanspruchs ergebe. Sodann finden sich Stimmen [121]), die dahin gehen, daß, wenn dieser Anspruch im Wege der einstweiligen Verfügung seine Verwirklichung finden solle, das Gericht gemäß § 938 ZPO das Erforderliche zu bestimmen habe, d. h. es habe die Zahlung des Vorschusses als eine zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendige Maßregel anzuordnen. Damit sei es aber klar, daß die Aufrechnung ausgeschlossen sei, weil sonst diese notwendige Maßnahme in ihrem Erfolg wieder zunichte gemacht werden würde. Schließlich wird auch hier noch darauf hingewiesen [122]), daß der Zweck, zu dem der Kostenvorschuß seitens des Mannes geschuldet werde, die Aufrechnungsmöglichkeit ausschließen müsse.

Diesen letzteren Begründungen ist zweifellos zuzustimmen. Sie haben jedoch kaum selbständige Bedeutung, da sich der Ausschluß der Aufrechenbarkeit, wie bereits hervorgehoben, unmittelbar aus dem Gesetz ergibt.

§ 13. Der Einfluß des Armenrechts auf die Kostenvorschußpflicht des Mannes.

In allen Fällen, in denen der Mann nach den Bestimmungen des Güterrechts zur Zahlung eines Kostenvorschusses gegenüber seiner Frau verpflichtet ist [123]), ist es klar, daß die Frau, wenn sie selbst vermögenslos ist, vom Manne nicht auf die Erlangung des Armenrechts verwiesen werden darf, damit er sich seiner Verpflichtung entziehen könne [124]). Im übrigen dürfte das Gericht für den Fall, daß die Frau mit der Begründung, der Mann verweigere die notwendige Kostenvorschußzahlung, ein Armenrechtsgesuch einreichen würde, demselben nicht stattgeben, da die Frau im Sinne des § 114 ZPO nicht unvermögend ist; denn sie hat

---

[120]) KG in Rspr. 41/51; OLG Stettin Rspr. 40/71.

[121]) OLG Naumburg Rspr. 29/274.

[122]) OLG Naumburg Rspr. 29/274.

[123]) Wegen des von uns eingenommenen Standpunkts in der Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemanns in Ehegattenprozessen erübrigt es sich, hier an dieser Stelle auf die Frage, welchen Einfluß das Armenrecht auf die Kostenvorschußpflicht des Mannes in jenen Prozessen ausübt, einzugehen. Dieses Problem wird aber, da sich dabei immerhin interessante Fragen ergeben, in einem besonderen Anhang unten S. 56 ff; behandelt werden.

[124]) So u. a. RGRKomm § 1387, 6 b; Warneyer § 1387 III; Achilles § 1387; Neumann § 1387 A III. 2 β; Fischer-Henle § 1387; Freudenthal-Sauerländer § 114 I; Klien a. a. O. S. 426. Ferner: RG in JW 06/356, 460; RG Warn. 09/238; KG in Rspr. 4/85; KG in Rspr. 30/44; OLG Braunschweig in Rspr. 40/70; OLG Hamburg in Rspr. 12/313.

einen Anspruch gegen ihren Mann, daß dieser sie von ihrer Kostenvorschußpflicht frei halte. Es ist nämlich zu bedenken, daß daß Armenrecht ein Rechtsinstitut ist, das seinem Wesen nach nur als ultima ratio angesehen werden kann; es ist nur für den Fall geschaffen, daß der Rechtssuchende bei aller Anstrengung, d. h. ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts, nicht in der Lage ist, die Kostenbeträge aufzubringen [125]).

Sowohl in der Literatur [126]) wie in der Rechtsprechung [127]) finden sich zu diesem Gedanken lebhafte Erörterungen, die zur Ergänzung der obigen Begründung im Nachfolgenden Erwähnung finden mögen. So wird u. a. erklärt, die Armenrechtsgewährung bedeute lediglich eine vorläufige Prozeßmaßregel im Verhältnis zu der nach Maßgabe des ehelichen Güterrechts materiell-rechtlich begründeten Forderung der Ehefrau auf Kostenvorschuß gegen ihren Mann. Vor allem gewähre das Armenrecht der Frau keineswegs eine unentgeltliche Prozeßführung, denn nach § 115 ZPO erlange die arme Partei nichts anderes als die einstweilige Befreiung von der Bezahlung der Prozeßkosten und das Recht auf vorläufig unentgeltliche Tätigkeit des Gerichtsvollziehers und vorläufig unentgeltlichen Anwaltsbeistand. Gemäß § 125 ZPO bestehe nämlich für den Fall, daß die Armut der armen Partei wieder behoben werde, eine Verpflichtung zur Nachzahlung der vom Staat aufgewandten Beträge.

Diesem Gedankengang ist insbesondere in Verbindung mit der zunächst gegebenen Darlegung durchaus zuzustimmen. Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch noch zu bedenken, daß die Frau, wenn sie gezwungen würde, das Armenrecht zu erbitten, dadurch gegenüber der Staatskasse in eine Schuldnerstellung gedrängt würde, die sie mittels des ihr zustehenden Anspruchs auf Kostenvorschuß vermeiden kann. Nicht unbeachtlich ist ferner auch der Gedanke, daß die Frau im Falle, daß ihr das Armenrecht bewilligt werden müßte, sich mit einem Anwalt zu begnügen hätte, der ihr vom Gericht zugeteilt werden würde, während sie im anderen Falle den Anwalt ihres besonderen Vertrauens wählen kann [128]).

---

[125]) Wenn die Frau allerdings vom Manne keinen Kostenvorschuß erlangen kann, weil er selbst kein Vermögen besitzt, dann besteht kein Hindernis, der Frau das Armenrecht zu gewähren, da sie in diesem Falle ja in Wahrheit unvermögend ist. Was die Feststellung angeht, ob der Mann vermögenslos ist, vgl. unten im Text S. 58.

[126]) Achilles § 1387; Fischer-Henle § 1387; Planck § 1387 I, 7; RGRKomm § 1387, 6 b; Neumann § 1387 A III, 2 β; Warneyer § 1387 III, Förster-Kann Anm. 3 c α vor § 606; Freudenthal-Sauerländer § 114, 1.

[127]) RG SeuffArch 58/457; RG in Gruch. 51/385; KG in Rspr. 4/85 und 30/44; OLG Braunschweig Rspr. 40/70; OLG Hamburg Rspr. 12/213.

[128]) RG Seuff. 62 Nr. 27; JW 06/356; RGRKomm § 1387, 6 b.

Nicht anders kann es sein, wenn der Frau aus irgend einem Grunde das Armenrecht bereits bewilligt worden ist. Diese Tatsache kann keinerlei Einfluß auf die Verpflichtung des Mannes zur Kostenvorschußzahlung ausüben. Trotzdem herrscht in diesem Punkte keine Einheitlichkeit der Ansichten. Die vorstehend eingenommene und unten näher begründete Stellungnahme wird von vielen [129]) mit folgender Begründung [130]) nicht gebilligt:

Wenn der Ehefrau das Armenrecht bewilligt und ein Armenanwalt beigeordnet sei, so sei regelmäßig kein Bedürfnis zur beschleunigten Regelung der Kostenpflicht vorhanden. Zwar bestehe für die Frau eine bedingte Kostenzahlungsschuld gegenüber der Staatskasse, es sei jedoch nicht einzusehen, weshalb die Frau sich von dieser schon jetzt, d. h. bis zur Entscheidung des Prozesses befreien müsse. Es genüge, daß sie einstweilen von Kostenzahlungen befreit sei und daß sie ihre Interessen im Rechtsstreit ohne finanzielle Opfer wahren könne. Der Einwand der Gegenmeinung, das Armenrecht gewährleiste nicht unbedingt die unentgeltliche Prozeßführung, weil die Frau u. U. zur nachträglichen Bezahlung herangezogen werden könne, sei nicht beachtlich [131]), denn solange kein Beschluß auf nachträgliche Zahlung gemäß §§ 125, 126 ZPO ergangen sei, liege keine Verpflichtung zur Zahlung von Beträgen vor.

Außerdem wird darauf hingewiesen [132]), daß die Verpflichtung des Ehemannes, wenn derselbe auch für die Prozeßkosten der Frau aufzukomen habe, doch nicht weiter reichen könne als die der Frau. Da aber die Frau durch die Erlangung des Armenrechts gemäß § 115 ZPO einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten erlangt habe, so müsse sich der Mann, da auf das Verhältnis der Eheleute zur Staatskasse die Vorschrift des § 420 BGB Anwendung finde, ebenfalls auf diesen Umstand berufen könne.

Schließlich erklärt eine von diesen Begründungen abweichende Argumentation [133]), da es sich beim Kostenvorschuß nicht um eine gewöhnliche Schuld, die der Gläubiger vom Manne einziehe, handele, sondern darum, daß der Mann vorbehaltlich einer evtl. späteren Ausgleichung aus dem in seinen Händen befindlichen

---

[129]) RG in JW 03/98; KG in Rspr 37/193; OLG Hamburg in Rspr. 12 134 und 14/223. OLG Hamburg in SeuffArch. Nr. 26 II. Dieses Urteil des OLG Hamburg steht im direkten Gegensatz zu dem in SeuffArch. 62 Nr. 26 I zitierten Urteil desselben Gerichts. OLG Braunschweig Rspr. 12/313 und 42/119; OLG Breslau 21/221; OLG Celle in Rspr. 16/210; OLG Naumburg in Rspr. 21 97; und 26/220; OLG Darmstadt 41/50; Planck § 1387 I. 7; Achilles § 1387; Warneyer § 1387; Förster-Kann 3 c α vor § 606.

[130]) OLG Braunschweig 42/119; RG in JW 03/98.

[131]) OLG Breslau 21/221.

[132]) OLG Hamburg in Rspr. 32/7, 8.

[133]) OLG Hamburg in SeuffArch. 59/68.

Vermögen der Frau einen Vorschuß zu gewähren habe, so dürfe vom Manne wegen des durch die Armenrechtsbewilligung hervorgerufenen Haftungsausschlusses des Frauengutes auch keine Leistung aus letzterem verlangt werden.

Daß diesen Ausführungen nicht zugestimmt werden kann, ergeben schon teilweise die oben dargelegten Begründungen zu der Tatsache, daß die Frau nicht auf die Erlangung des Armenrechts verwiesen werden darf. Insbesondere ist auch hier der Gesichtspunkt heranzuziehen, daß die Gewährung des Armenrechts nur die einstweilige Befreiung von der Bezahlung der durch das Verfahren bedingten Gebühren bewirkt, die Frau also in diesem Falle sehr schlecht gestellt ist, da sie immer Schuldnerin der Staatskasse bleibt. Sie hat daher das größte Interesse daran, die ihr auferlegte Kostenschuld zu tilgen und sich von dem ständig über ihr schwebenden Damoklesschwert der Nachzahlungspflicht zu befreien. Im übrigen ist zu beachten, daß gemäß § 121 ZPO der Frau jederzeit das Armenrecht wieder entzogen werden kann, wenn die Voraussetzungen desselben weggefallen sind. Die letzteren müssen aber stets dann als nicht vorhanden angesehen werden, wenn die Frau gegen ihren Mann einen realisierbaren Anspruch auf Kostenerstattung hat [134]). Mit diesen Argumenten befinden wir uns in Uebereinstimmung mit einer weitverbreiteten Ansicht [135]) in Literatur und Rechtsprechung.

Man müsse bedenken, so wird erklärt [136]), daß eine Frau, die gezwungen sei, im Armenrecht zu prozessieren, dadurch in ihrem Kredit und in ihrer sozialen Stellung eine wesentliche Benachteiligung erleide. Es bestehe nämlich kein Unterschied von dem Fall, daß die Frau genötigt sei, Armenunterstützung zu beanspruchen, weil der Mann den ihm obliegenden Lebensunterhalt der Frau versage. Es erscheine daher nötig und aus diesem Grunde sei es auch zulässig, daß die Frau trotz des ihr bewilligten Armenrechts den Mann auf Zahlung des Kostenvorschusses in Anspruch nehme.

Auch der letztere Gesichtspunkt dürfte zur Stützung unserer Ansicht Verwendung finden. Es müssen daher die Beweisgründe der Gegenmeinung zurückgewiesen werden, insbesondere der Hinweis, es sei unbeachtlich, wenn man aus der Möglichkeit einer evtl. Nachzahlungspflicht etwas herleiten wolle; denn zur Nachzahlung seitens der Frau bestehe solange keine Verpflichtung, als kein Beschluß gemäß §§ 125, 126 ZPO ergangen sei. Gewiß mag

---

[134]) RG in SeuffArch 62 Nr. 27 I. RG in JW 1906/365. OLG Darmstadt in Rspr. 41/50.

[135]) OLG Hamburg Rspr. 21/313 u. Rspr. 30/44; OLG Hamburg SeuffArch 58/457; OLG Hamburg SeuffArch 62 Nr. 26 I; Seuff. Anm. 6 a vor § 91; Meißner § 1387, 3.

[136]) So u. a. OLG Hamburg in Rspr. 12/313 und in SeuffArch 58/457.

die Nachzahlungspflicht durch diesen Beschluß erst in das akute Stadium treten; dennoch besteht der Nachzahlungsanspruch der Staatskasse von vornherein, wenn er auch mit der Bedingung behaftet ist, daß die Armut der Frau nachträglich behoben werde.

Als vollkommen verfehlt muß schließlich noch die Meinung bezeichnet werden, die behauptet, es sei unzulässig, vom Manne eine Kostenvorschußzahlung zu fordern, weil der Mann diese aus dem Vermögen der Frau zu erbringen habe, das aber wegen des durch die Armenrechtsbewilligung bewirkten Haftungsausschlusses nicht angegriffen werden dürfe. Wie oben gezeigt, haftet der Mann nicht mit dem Vermögen der Frau, sondern mit seinem eigenen. Daher bedeuten die hier vorgetragenen Ausführungen nichts anderes als ein Verkennen des wahren Wesens der ehemännlichen Pflicht zur Kostenvorschußzahlung.

3. Abschnitt.

Die Durchsetzung des Kostenvorschußanspruches.

§ 14. Die allgemeine Möglichkeit der Geltendmachung.

Nicht minder schwierig als die Fragen, die bei der materiellrechtlichen Begründung der Kostenvorschußpflicht des Mannes zu erörtern waren, sind die Probleme, die sich in Bezug auf die Verwirklichung dieses Anspruches ergeben.

Hier wird zunächst hinsichtlich des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung, dem im übrigen ja wohl unzweifelhaft die weitaus größte Bedeutung zukommt, von einer Reihe von Schriftstellern [137]) auf eine Schwierigkeit von materiellrechtlicher Bedeutung hingewiesen: Im Hinblick auf die Vorschrift des § 1394 BGB wird nämlich die Möglichkeit einer Geltendmachung dieses Anspruchs überhaupt geleugnet: der Kostenvorschußanspruch der Frau stehe ihr im Sinne des § 1394 „auf Grund der Verwaltung und Nutznießung" zu; folglich könne dieser Anspruch erst gerichtlich geltend gemacht werden, wenn der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung beendigt sei oder die Voraussetzungen für die Sicherheitsleistung nach § 1391 BGB vorlägen. Nach § 1391 I könne die Frau vom Manne Sicherheit verlangen, wenn durch das Verhalten desselben die Besorgnis begründet würde, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzt würden. Es sei aber ganz klar, daß das Kostenvorschußverlangen der Frau normalerweise nicht in ursächlichen Zusammenhang mit einer Ge-

[137]) Staudinger § 1387, 3 d; Seuffert 6 a vor § 91; Stein-Jonas VI B 3 b vor § 606; Ullmann in ArchzivPr. S. 295; Ders. im Güterrecht S. 162; Wieruszowski Recht 00/271—272 und in Eherecht § 9 Anm. 87.

fährdung des eingebrachten Gutes gebracht werden könne. Wenn aber die Geltendmachung des Kostenvorschußanspruches der Frau erst nach Beendigung des Güterstandes möglich wäre, dann habe derselbe praktisch jeglichen Wert verloren, da er ja dann doch niemals zur Verwirklichung gelangen könne.

Diese Darlegungen werden von der herrschenden Ansicht [138]) in Literatur und Rechtsprechung mit Recht nicht gebilligt, indem davon ausgegangen wird, daß § 1394 BGB auf diesen Anspruch keine Anwendung finden kann. Die Begründung, die sich in einigen Entscheidungen der Gerichte findet, ist allerdings sehr dürftig, wenn dort beispielsweise nur gesagt wird [139]), eine solche Auslegung entspreche einem Bedürfnis der Praxis. Die meisten Entscheidungen lassen überhaupt jegliche Auseinandersetzung mit dieser Frage vermissen [140]). In der Literatur finden sich dagegen zahlreiche Hinweise dafür, daß § 1394 BGB kein Hindernis für die Geltendmachung des Kostenvorschußanspruches darstellt. U. a. heißt es dort, der Kostenvorschußanspruch der Frau gehöre nicht zu den Ansprüchen, die derselben „auf Grund" der Verwaltung und Nutznießung zuständen und die deshalb erst nach deren Beendigung geltend gemacht werden könnten. Vielmehr sei diese Bestimmung eng auszulegen dahingehend, daß hierunter lediglich die Ansprüche der Frau fielen, die durch die tatsächlich erfolgte Verwaltung und Nutznießung entstanden seien. Da aber der Kostenvorschußanspruch nicht unmittelbar etwas mit der konkreten Verwaltung und Nutznießung zu tun habe, könne seine Geltendmachung infolgedessen auch nicht durch § 1394 beschränkt sein [141]).

Diese Argumentation ist als grundlegend zu bezeichnen und ihr ist ohne Bedenken zuzustimmen, denn es kann nicht zweifelhaft sein, daß der hier zur Rede stehende Anspruch nicht aus der vom Manne tatsächlich geübten Verwaltung und Nutznießung heraus entstanden ist, sondern ganz andere Grundlagen hat, die sich aus dem Sinne des § 1387 BGB ergeben.

Eine andere Begründung [142]) weist darauf hin, daß die Frau den Kostenvorschuß nur zur Befriedigung ihrer Gläubiger gebrauche, und da diese nach der ausdrücklichen Fassung des § 1411 BGB nicht der Beschränkng des § 1394 unterlägen, so dürfe diese letztere Vorschrift ebensowenig Anwendung finden, wie wenn die Gläubiger den Mann nach § 1388 BGB in Anspruch nähmen.

---

[138]) Siehe die oben S. 14 Anm. 41 und 42 Aufgeführten.

[139]) OLG Hamburg Rspr. 40/70.

[140]) So findet sich z. B. in der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 47/74 keinerlei Hinweis auf den § 1394.

[141]) Vgl. OLG Breslau Rspr. 1/56. In den Grundgedanken so auch Ullmann, Güterrecht § 17 VI, Anm. 14.

[142]) Planck Komm. § 1387 I, 6.

Diesen Ausführungen kann allerdings wohl kaum beigepflichtet werden, da § 1411 BGB doch nichts anderes besagt, als daß die Gläubiger der Frau, ohne daß sie der Beschränkung des § 1394 BGB unterliegen, Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verlangen können. Dagegen handelt es sich im § 1388 BGB um eine persönliche Haftung des Mannes mit seinem eigenen Vermögen, sodaß der Mann nicht, wie oben [143]) hervorgehoben, das eingebrachte Gut zur Erfüllung seiner Verpflichtung angreifen darf.

Ebenso erscheint unrichtig die Begründung [144]), die besagt, es sei ein Unterschied zu machen zwischen § 1387 einerseits und den §§ 1384 und 1385 BGB andererseits; bezüglich der letzteren Bestimmungen bilde § 1394 ein Hindernis der Geltendmachung, da in ihnen eine Bezugnahme auf den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung enthalten sei. Demgegenüber fehle dieselbe im § 1387, woraus zu schließen sei, daß § 1394 hierfür keine Anwendung finden könne. Daß dieses Argument unzutreffend ist, ergibt sich aus den Gedanken zur Widerlegung der Unterhaltstheorie [145]), wo die Bedeutung dieser Bezugnahme eingehend dargelegt ist.

§ 15. Die prozeßrechtlichen Mittel der Geltendmachung des Kostenvorschußanspruches.

1. Die Klage.

Was nun in prozeßrechtlicher Beziehung die Mittel angeht, deren sich die Frau zur Verwirklichung ihres Rechtes bedienen kann, so ist als der normale Weg zunächst die klageweise Geltendmachung zu nennen. Gerade aber der Kostenvorschußanspruch weist die Besonderheit auf, daß die Klage in den meisten Fällen als ungenügender Rechtsschutz erscheinen muß und zwar aus zwei Gründen: Einmal ist die Möglichkeit einer klageweisen Durchführung des Anspruchs versagt, wenn die Kostenvorschußverpflichtungen der Frau noch nicht fällig sind. Es ist nun aber selbstverständlich, daß die Kostenvorschußpflicht des Mannes niemals vor der Verpflichtung der Frau gegenüber ihren Kostengläubigern entstehen kann. Die Fälligkeit der Kostenvorschußverpflichtungen der Frau jedoch tritt in dem Augenblick ein, in dem die Frau einen Rechtsstreit führt, d. h. zu führen beginnt [146]). Einen Rechtsstreit zu führen beginnt aber die Frau nicht erst dann, wenn sie die Klage erhebt [147]), sondern es bedeutet, daß dies schon dann immer der Fall ist, wenn ein mit dem Einleiten eines solchen Verfahrens in unmittelbarem Zusammenhang stehen-

[143]) S. 41.
[144]) Freudenthal a. a. O. S. 50 Anm. 63.
[145]) S. oben S. 8 ff.
[146]) Vgl. hierzu Freudenthal a. a. O. S. 45.
[147]) So Stein-Jonas § 81 II; Sydow-Busch § 81, 1.

des Rechtverhältnis eingegangen wird, z. B. ein Anwalt bestellt wird. Da nun der Anspruch des Anwalts bereits bei Eingehung des Auftragsverhältnisses fällig wird, und der Anwalt die Uebernahme eines Mandats regelmäßig ohne Vorschußzahlung ablehnt, so ist der Weg der Klage gegen den Mann vor Beauftragung des Anwalts für die Frau nicht beschreitbar. Auf der anderen Seite ist dieser Weg recht umständlich und vor allem zeitraubend [148]).

2. Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung.

In Erkenntnis der Mängel einer solchen Klage wurde bereits unter dem früheren Rechtszustand als der ideale Rechtsbehelf zur Verwirklichung des Rechts der Frau die einstweilige Verfügung angesehen. Die gesetzliche Grundlage für den Erlaß einer solchen ist für diese Fälle der § 940 ZPO.

Die Voraussetzungen, die danach erfüllt sein müssen, sind folgende:

1. Es muß ein streitiges Rechtsverhältnis vorliegen. Daß ein solches hier besteht, kann wohl keinem Zweifel unterliegen. Es ergibt sich aus dem zwischen dem Mann und der Frau aus § 1387 Nr. 1 hergeleiteten Schuldverhältnis.

2. Die einstweilige Verfügung muß ergehen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes. Von einer Reihe von Schriftstellern [149]) wird diese Voraussetzung nicht als vorliegend angesehen. Mit folgender Begründung wird daher die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung bestritten:

Bei dem Kostenvorschußanspruch der Frau handele es sich um eine gewöhnliche Geldforderung, für die höchstens nach § 916 ZPO der Arrest das Sicherungsmittel bilden könne, vorausgesetzt, daß ein Arrestgrund vorliege. Aber auch dann würde er gemäß § 930 ZPO nur zur Hinterlegung führen [150]). Die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO setze jedoch die Regelung eines auf gewisse Dauer berechneten und in dieser Dauer gefährdeten Anspruchs voraus. Doch davon könne bei dem Kostenvorschußanspruch nicht die Rede sein [151]). Außerdem wird erklärt, da dieser Anspruch auf eine einmalige Leistung gerichtet sei, würde der Erlaß einer einstweiligen Verfügung eine unzulässige endgültige Zustandsregelung [152]) bedeuten.

Diese Bedenken sind jedoch völlig ungerechtfertigt. Gewiß wird der Mann hier im Rahmen seiner materiell-rechtlich bestehenden Kostenvorschußpflicht zu einer Leistung herangezogen, aber es ist doch anzuerkennen, daß die durch die einstweilige

[148]) OLG Braunschweig Rspr. 42/119.

[149]) Stein-Jonas VI B 3 a vor § 606; Seuffert 6 a vor § 91; Staudinger § 1387, 3 f; Ullmann ArchzivPr. 92/296, 297. Ders. im Güterrecht § 17 VI.

[150]) Seuffert 6 a α vor § 91.

[151]) Ullmann ArchzivPr. 92/297.

[152]) Stein-Jonas VI B 3 a vor § 606.

Verfügung bewirkte vorläufige Verurteilung zu einer Leistung immer dann zugelassen werden muß, wenn dies zur Abwendung für die Dauer eintretender Schäden notwendig ist [153]). Es ist dies ebenso zulässig, wie es bei Forderungen auf wiederkehrende Leistungen möglich ist, durch eine einstweilige Verfügung fortlaufende Teilzahlungen anzuordnen. Man denke dabei etwa an die Regelung der Unterhaltsfrage im Eheprozeß. Daß die durch einstweilige Verfügung gemäß § 940 ZPO angeordnete Kostenvorschußzahlung zur Abwendung schwerer Schäden erforderlich ist, ergibt sich daraus, daß die Frau andernfalls keinen Rechtsanwalt zu ihrer Vertretung finden würde und somit ihre Rechte nicht verfolgen könnte, außerdem wäre sie nicht in der Lage, ohne Zahlung des Gerichtskostenvorschusses das Prozeßverfahren zur Durchführung zu bringen.

3. Damit ist auch gleichzeitig das dritte Erfordernis des § 940 ZPO behandelt, nämlich, daß die einstweilige Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheinen muß. Diese letzere Voraussetzung wird also im allgemeinen immer vorhanden sein. Allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen nicht mehr davon gesprochen werden kann, daß der Frau, wenn ihr nicht mittels der einstweiligen Verfügung der ihr zustehende Kostenvorschuß gewährt wird, wesentliche Nachteile drohen.

Einer dieser Fälle ist dann gegeben, wenn der Frau bereits das Armenrecht bewilligt ist. Zwar wurde oben [154]) hervorgehoben, daß dadurch die materiell-rechtliche Leistungspflicht des Mannes nicht berührt wird, aber eine Notlage der Frau, in der ihre Rechtsverfolgung gefährdet erscheinen könnte, besteht nicht [155]), da das Prozeßverfahren ohne Hinderung durch das Unvermögen der Frau seinen Fortgang nehmen kann, und der Frau regelmäßig auch ein Anwalt zugeteilt sein wird. Unrichtig ist es jedoch, wenn behauptet wird [156]), die Voraussetzungen zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung lägen auch dann nicht vor, wenn die Frau eine begründete Aussicht habe, das Armenrecht bewilligt zu erhalten; denn die bloße Möglichkeit, das Armenrecht zu erlangen, kann für die Frau keinen genügenden Schutz bilden, abgesehen davon, daß das Gericht, welches über die Bewilligung des Armenrechts zu entscheiden hat, die Frau stets erst an den Mann verweisen wird.

Ebenfalls wird der Erlaß einer einstweiligen Verfügung abzulehnen sein, wenn ganz allgemein die Mittellosigkeit des Man-

[153]) Vgl. Stein-Jonas VI B 3 c vor § 606, der allerdings das Vorliegen dieser Voraussetzung beim Kostenvorschußanspruch nicht anerkennt.

[154]) S. S. 48.

[155]) Freudenthal-Sauerländer § 114 I; Breme a. a. O.; KG Rspr. 37/93; OLG Naumburg Rspr. 21/97; OLG Hamburg Rspr. 14/223; OLG Braunschweig Rspr. 42/119; OLG Breslau Rspr. 21/221; OLG Celle 16/210; OLG Naumburg Rspr. 26/220.

[156]) Vgl. OLG Naumburg in JW 30/730 Nr. 17.

nes feststeht. In diesem Falle tritt die Zwecklosigkeit der Maßnahme, die das Gericht gemäß § 938 ZPO anzuordnen haben würde, von vornherein zu Tage, da keinerlei Aussichten vorhanden sind, daß die Frau von ihrem Manne die erforderlichen Kostenvorschußzahlungen erlangen wird [157]). In diesem Falle muß die Frau das Armenrecht in Anspruch nehmen.

Die Voraussetzungen des § 940 ZPO zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung liegen ferner nicht vor, wenn die Rechtsverfolgung der Frau aussichtslos oder mutwillig ist [158]); denn auch dann drohen der Frau keine wesentlichen Nachteile, wenn sie z. B. unvertreten bleibt. Wenn das vermeintliche Recht der Frau nicht begründet ist, geschieht ihr kein Unrecht dadurch, daß sie sich der staatlichen Einrichtungen zur Durchsetzung desselben nicht bedienen kann. Allerdings gilt dies mit der Einschränkung, daß die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung offensichtlich ist [159]).

---

[157]) RGRKomm § 1387, 6 b; RG JW 06/560; OLG Karlsruhe JW 19/1001, KG Rspr. 30/44.

[158]) Diese Frage kann nur in diesem Zusammenhang erörtert werden, nicht gerechtfertigt aber ist es, wenn dieselbe bei der materiell-rechtlichen Begründung der Kostenvorschußpflicht behandelt wird, wonach, wie oben dargestellt wurde, bei Aussichtslosigkeit der Klage der Frau eine Kostenvorschußpflicht des Mannes überhaupt nicht begründet sein soll.

[159]) Die in der Literatur und Rechtsprechung immer wieder behandelte Frage der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Eheprozeß hat für uns an sich keinerlei Bedeutung, da wir eine Kostenvorschußpflicht des Ehemannes in Ehegattenprozessen nicht anerkennen können. Trotzdem soll an diesen Fragen, da sie nun einmal im Streit der Meinungen einen breiten Raum einnehmen, nicht vorübergegangen werden. Sie finden ihre Behandlung deshalb zusammen mit dem Problem des Einflusses des Armenrechts auf die Kostenvorschußpflicht im Ehegattenprozeß in einem besonderen Anhang S. 56 ff.

Anhang.

Im Folgenden soll zum Abschluß unserer voraufgegangenen Erörterungen eine kritische Würdigung einiger Probleme gebracht werden, die sich für die Vertreter der Güterrechtstheorie in der Frage der Kostenvorschußpflicht in Ehegattenprozessen ergeben. Es handelt sich um die Frage des Einflusses des Armenrechts auf die Kostenvorschußpflicht des Mannes im Ehegattenprozeß und um die Frage der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Eheprozeß. Da unsere Untersuchungen zu dem eindeutigen Ergebnis führten, daß eine Verpflichtung des Ehemannes zur Kostenvorschußzahlung in jenen Prozessen nicht begründet ist, war eine Behandlung der vorbezeichneten Probleme im Hauptteil der vorliegenden Arbeit nicht geboten. Ihre Behandlung in einem besonderen Anhang rechtfertigt sich aber aus dem Gesichtspunkte heraus, daß sich aus diesen beiden Fragen wichtige Konsequenzen ergeben, und dieselben im Rahmen der hier behandelten Probleme mit zu den beachtenswertesten Streitfragen zu rechnen sind [1]). Wir werden daher im Folgenden unsere Untersuchungen vom Standpunkt der Güterrechtstheorie aus zu führen haben, indem davon ausgegangen wird, daß eine Kostenvorschußpflicht des Ehemannes in Prozessen der Ehegatten untereinander begründet sei.

§ 16. Der Einfluß des Armenrechts auf die Kostenvorschußverpflichtung des Mannes in Ehegattenprozessen.

Was zunächst die Frage betrifft, ob durch die Armenrechtsgewährung an die Frau in Prozessen der Ehegatten untereinander die Kostenvorschußpflicht des Mannes beeinträchtigt wird, so gelten hier dieselben Richtlinien wie bei den übrigen Prozessen [2]). Besonders zu erwähnen sind an dieser Stelle folgende Ausführungen, die bezüglich dieses Gedankens speziell für Ehegattenprozesse unsern oben eingenommenen Standpunkt [3]) nicht teilen [4]).

Es sei sehr wohl der Fall denkbar, so wird erklärt, daß der Frau das Armenrecht bewilligt sei, obwohl sie pfändbares Vorbehaltsgut besitze, denn die Bewilligung des Armenrechts setze nicht voraus, daß die arme

---

[1]) Vgl. im übrigen auf S. 46 u. S. 55 die Anm. 123 und 159.
[2]) Vgl. oben, S. 46 ff.
[3]) Vgl. oben S. 46 ff.
[4]) OLG München in Rspr. 26/222.

Partei nicht im Besitz von pfändbarem Vermögen sei, sondern nur, daß sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Prozeßkosten nicht tragen könne. Würde man nun verlangen, daß der Mann trotz des der Frau bewilligten Armenrechts dieser die Kostenvorschüsse bezahle, so würde der Mann im Falle des Unterliegens der Frau, da er ja gemäß § 1416 I BGB Ausgleichsansprüche geltend machen könne, sich an das Vorbehaltsgut der Frau halten. Infolgedessen würde die Armenrechtsbewilligung an die Frau hinterher in ihrem Erfolg wieder hinfällig.

Jedoch auch diese Ausführungen vermögen nicht unsere Ansicht in jener Frage zu erschüttern. Es mag lediglich dazu gesagt werden, daß dieser Fall praktisch kaum vorkommen dürfte, denn wenn der Frau das Armenrecht bewilligt ist, wird sie normalerweise kein verwertbares Vorbehaltsgut besitzen. Sollte sie trotzdem größeres Vorbehaltsgut haben, dann hatte sie keinen Anspruch auf Erlangung des Armenrechts, und es kann daher nichts dagegen eingewandt werden, wenn der Mann dadurch, daß er sich hinterher an das Vorbehaltsgut hält, „die Armenrechtsbewilligung in ihrem Erfolg wieder hinfällig macht".

In den Prozessen der Ehegatten untereinander ergibt sich nun außerdem die Besonderheit, daß auch dem Manne das Armenrecht bewilligt sein kann. Für diese Fälle ist es nicht unbestritten, ob hierdurch die diesbezügliche Verpflichtung des Mannes eine Beeinflussung erfährt oder nicht. Mit folgender Begründung [5]) wird erklärt, daß unter diesen Umständen die Kostenvorschußpflicht des Mannes entfallen müsse: es stelle sich als ein Mißbrauch des Rechtes der Frau dar, von ihrem Manne Kostenvorschuß zu verlangen, wenn sie, anstatt auch ihrerseits das Armenrecht nachzusuchen, den vermögenslosen Ehemann auf seine Verpflichtung in Anspruch nehme. Sie handele, wie ausdrücklich erklärt wird, in diesem Falle gegen Treu und Glauben [6]). Im übrigen sei bezüglich der Verwirklichung des Anspruchs der Frau zu beachten, daß jede prozessuale Maßregel, wie insbesondere die einstweilige Verfügung, weil völlig zwecklos, abzulehnen sei, denn es spreche eine Vermutung [7]) dafür, wenn dem Manne das Armenrecht bewilligt sei, daß er dann auch nicht imstande sei, der Frau die Kosten vorzuschießen.

Demgegenüber weist die herrschende Lehre [8]) mit Recht darauf hin, daß die Armenrechtsgewährung an den Mann seine Kostenvorschußver-

---

[5]) Goldmann-Lilienthal II § 21 Anm. 29; KG in JW 32/1398, 3. Dehnow in JW 32/1398.

[6]) Dehnow in JW 32/1398 zu Nr. 3.

[7]) Goldmann-Lilienthal BGB III § 21, 9 Anm. 29.

[8]) Achilles § 1387; Endemann § 176 Anm. 61; Förster-Kann Anm. 3 b vor § 606; Meisner § 1387; Neumann § 1387 Anm. A III 2 bb; Planck § 1387 Seuffert Anm. 6 a vor § 91; Rosenthal § 1387; Seuffert Anm. 6 a vor § 91; Sydow-Busch § 114, 2; Warneyer § 1387 II; RG in JW 06 356, 560; KG in SeuffArch. 62/44; KG in SeuffArch 57/145. KG in Rspr. 30/44. OLG Braunschweig in Rspr. S. 54; OLG Celle in Rspr. 16/211 unter Hinweis auf Planck a. a. O.; OLG Karlsruhe in JW 1919/1001.

pflichtung unberührt läßt, da es beim gesetzlichen Güterstand eben zu den Pflichten des Ehemannes gehört, gleich ob er arm oder reich ist, die Frau mit Kostenvorschüssen zu versehen [9]). In diesem Sinne wird gesagt, der diese Pflicht begründende § 1387 Nr. 1 BGB kenne keine Einschränkung der Art, daß bei Armut des Mannes diese Verpflichtung entfalle. Ebensowenig lasse sich dies aus der Vorschrift des § 115 ZPO herleiten. Weiterhin wird vorgebracht [10]), die Kostenvorschußverpflichtung des Mannes sei eine Schuld wie jede andere. Da sie nicht Ausfluß seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht sei, werde sie auch nicht dadurch bedingt, daß der Mann die Kosten unbeschadet seines standesgemäßen Unterhalts leisten könne.

Diesen Begründungen ist in vollem Umfang zuzustimmen, denn abgesehen von allem sonstigen steht die Ansicht, der Mann sei bei eigenem Unvermögen nicht zur Kostenvorschußzahlung verpflichtet, mit dem grundlegenden Satz, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners seine materielle Leistungspflicht in keiner Weise berührt, in direktem Widerspruch. Die Frage nach der Realisierbarkeit eines Anspruchs kann immer erst im Stadium der Zwangsvollstreckung in Erscheinung treten. Abgesehen davon brauchen sich die Voraussetzungen, die zur Bewilligung des Armenrechts führen, nicht mit dem Begriff der Zahlungsfähigkeit zu decken [11]). Es ist sehr wohl der Fall denkbar, daß dem Manne das Armenrecht bewilligt ist, und er trotzdem noch so viele Mittel hat, seiner Frau die von ihr benötigten Kostenvorschüsse zu zahlen.

Ist schließlich die Frau in Fällen der letzteren Art persönlich ohne Vermögen, dann muß ihr, da sie den Kostenvorschußanspruch gegen den Mann nicht verwirklichen kann, ebenfalls das Armenrecht bewilligt werden, wenn im übrigen die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Es kann allerdings in diesem Zusammenhang nicht der Ansicht [12]) zugestimmt werden, die verlangt, daß eine Armenrechtsbewilligung an die Frau erst dann erfolgen könne, wenn sie wegen der Kostenvorschüsse vergeblich gegen ihren Mann die Zwangsvollstreckung betrieben habe, da sie vorher nicht als arm gelten könne; denn wenn der Frau für den Fall, daß dem Manne das Armenrecht bewilligt ist, der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Mann versagt ist, weil es eine zwecklose Maßregel ist, ihr also das Erlangen eines Titels gegen den Mann sehr erschwert wird, dann darf auch für die Bewilligung des Armenrechts an die Frau nicht verlangt werden daß sie trotzdem erst die Zwangsvollstreckung versuchen müsse.

§ 17. Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Eheprozeß.

Für die Vertreter der Unterhaltstheorie ergeben sich keinerlei Zweifel darüber, ob eine die Kostenvorschußzahlung anordnende einstweilige Verfügung im Eheprozeß zulässig sei. Sie gehen von der Vorschrift des

[9]) RG in JW 06/560. Ebenso wörtlich RGRKomm § 1387 6 b.
[10]) KG in SeuffArch. 57/145.
[11]) So auch RG in SeuffArch 62/44.
[12]) Planck § 1387 I, 7; Petersen § 627, 2; Wolff Recht 03/76 ff; KG in SeuffArch 57/145.

§ 627 ZPO aus, wonach in Eheprozessen durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Rechtsstreites die gegenseitige Unterhaltspflicht des Ehegatten gemäß § 1361 BGB geordnet werden kann.

Da nach den Argumentationen der Unterhaltstheorie zu dem vom Manne der Frau zu gewährenden Unterhalt auch die Prozeßkosten gehören, so ergibt sich für diese die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung ganz klar aus dem Wortlaut des § 627 Z. P. O. Es ist jedoch selbstverständlich, daß aus dieser Vorschrift die Möglichkeit einer die Kostenvorschußzahlung anordnenden einstweiligen Verfügung im Eheprozeß nicht hergeleitet werden kann, da die Ansicht der Unterhaltstheorie mit überzeugenden Gründen widerlegt werden konnte.

Es kann vielmehr ebenso wie in den übrigen Fällen als gesetzliche Grundlage nur die Bestimmung des § 940 ZPO in Betracht kommen.

Auch hier wird zunächst wieder geltend gemacht [13]), daß, wollte man der Frau die Möglichkeit gewähren, ihren Kostenvorschußanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung zur Durchführung zu bringen, damit eine unzulässige endgültige Zustandsregelung geschaffen würde. Diese Bedenken sind jedoch bereits oben als unbegründet zurückgewiesen worden [14]). Auch ist der herrschenden Lehre [15]) darin zuzustimmen, daß die in § 627 ZPO aufgeführten einstweiligen Verfügungen nicht die einzigen im Eheprozeß zulässigen sind.

Es bestehen jedoch gewichtige andere Gründe, aus denen die Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Eheprozeß folgt. Sie ergeben sich aus den Zuständigkeitsbestimmungen innerhalb der §§ 937 und 943 ZPO [16]).

Nach § 937 ZPO ist zuständig für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung das Gericht der Hauptsache, d. h. also in diesem Falle das Gericht, welches über den Kostenanspruch der Frau zu entscheiden hat. Würde nun das mit dem Eheprozeß befaßte Gericht, wie behauptet wird, zuständig zum Erlaß dieser einstweiligen Verfügung sein, dann hätte dies zur Voraussetzung, daß die Kostenvorschußforderung der Frau den Hauptstreitgegenstand in diesem Prozeß bilden oder mitbilden würde. Daß das aber nicht der Fall sein kann, ist selbstverständlich und wird auch nicht von den Gegnern der hier vorgetragenen Ansicht bestritten. Der Kostenanspruch ist vielmehr eine völlig selbständige Hauptsache [17]), dessen Zuständigkeit nur nach den allgemeinen Vorschriften beurteilt werden kann. Eine Verbindung dieses vermögensrechtlichen Anspruchs der Frau mit einer der im Eheprozeß geltend zu machenden Eheklagen verbietet aber ausdrücklich der § 615 ZPO, wonach die Verbindung einer anderen Klage

---

[13]) Vgl. oben S. 53.

[14]) Vgl. oben S. 53 ff.

[15]) Stein-Jonas VI B 3 c vor § 606; Müller DJZ 13/1439; Mittelstein DJZ 00/160; Freudenthal a. a. O. S. 80 ff; RG 46/354; OLG Hamburg DJZ 00/168; OLG Naumburg 1/29.

[16]) Stein-Jonas VI B 3 c vor § 606; Staudinger § 1387, 3, f; Sachs JW 21/731 ff; Meyerhoff JW 00/690; Opet § 1387, 8; OLG Jena Rspr. 52/232.

[17]) OLG Köln Rspr. 1/81; OLG Königsberg 1/272.

mit einer der Eheklagen, die auf Herstellung des ehelichen Lebens, Scheidung oder Anfechtung gerichtet sind, nicht statthaft ist.

Gegen diese als unbedingt richtig zu bezeichnende Erkenntnis werden folgende Angriffe erhoben [18]): Es sei zwar zuzugeben, daß die Beziehung zwischen dem Kostenvorschußanspruch der Frau und dem Hauptstreitstoff, also dem Eheprozeß, nur als weit und locker bezeichnet werden könne [19]). Trotzdem genüge sie. Dies folge aus der ebenfalls weiten Fassung des § 940 ZPO, worin von einstweiligen Verfügungen „in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis" gesprochen werde. Daraus sei zu schließen, daß ein Gericht auch dann Gericht der Hauptsache für einen Anspruch sein könne, der nicht selbst den Hauptstreitstoff bilde, sondern nur zu dessen Durchsetzungsmöglichkeit [20]) geschaffen sei. Die einstweilige Verfügung betreffe nicht die Durchsetzung des Hauptstreitgegenstandes, sondern seine Durchsetzbarkeit. Dadurch, daß der Ehefrau die Möglichkeit der Durchsetzung z. B. ihrer Ehescheidungsklage gegeben werde, würde ihr ein Schutz „in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis" gewährt.

Hierzu dürfte folgendes zu bemerken sein: Die Heranziehung des Wortlauts des § 940 ZPO erscheint in diesem Zusammenhang nicht gerechtfertigt, denn diese Bestimmung regelt lediglich die Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung im allgemeinen, während es sich hier um Zuständigkeitsfragen handelt, die auf jene Art und Weise nicht zu lösen sind. Zudem bedeutet jene Beweisführung eine weit über den Wortlaut des § 940 hinausgehende unzulässige Umdeutung desselben; denn das streitige Rechtsverhältnis, „in Bezug" auf das einstweilige Verfügungen zulässig sind, kann hier nur der Kostenanspruch sein und nicht ein von diesem völlig unabhängiger und selbständiger Streitstoff, wie eine Eheklage in diesem Zusammenhang. Die Durchsetzung oder Durchsetzbarkeit, von der gesprochen wird, kann sich also auch nur auf jenen Kostenanspruch beziehen und nicht auf irgendein anderes Rechtsverhältnis. Diese ganzen Formulierungen sind daher in Wahrheit keine Auslegung des Gesetzes mehr, sondern sie bedeuten eine direkte Gesetzesumgehung [21]).

Damit kann unter Einbeziehung des früher Gesagten abschließend festgestellt werden, daß in Eheprozessen weder materiell-rechtlich eine Kostenvorschußpflicht des Mannes gegenüber seiner Frau begründet ist, noch daß die Möglichkeit der Regelung eines solchen Anspruchs der Frau mittels einer vom Eheprozeßgericht zu erlassenden einstweiligen Verfügung besteht.

---

[18]) RGRKomm § 1387, 6 a; Warneyer § 1387, 2; Planck § 1387 I, 7; Rosenthal § 1387; Freudenthal-Sauerländer § 627 Nr. 4; Förster-Kann 3 c vor § 606; Meisner § 1387, 3; Walsmann a. a. O. S. 367; Sydow-Busch § 627 Nr 4; RG JW 01/735, RG GruchBeitr 46/942; RG 47/75; OLG Kolmar Rspr. 11/95; OLG Hamburg Rspr. 12 313; OLG Hamburg DJZ 00/168.

[19]) Walsmann a. a. O. S. 367.

[20]) Freudenthal a. a. O. S. 91.

[21]) Von einer Gesetzesumgehung spricht im übrigen auch Stein-Jonas VI B 3 c vor § 606.

Literaturverzeichnis.

Aal: Hat der Ehemann seiner Ehefrau in Rechtsstreitigkeiten zwischen den Ehegatten beim gesetzlichen Güterstande einen Kostenvorschuß zu leisten? JW 1902 S. 563 ff.

Achilles: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.

Axhausen: Zur Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes. JW 1900. S. 362 ff.

Barre, E.: Besteht nach dem BGB eine Verpflichtung des Ehemannes, seiner Frau im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß zu gewähren? Recht 1900 S. 204 ff.

Baumbach: ZPO. 11. Aufl. Berlin 1936.

Breme: Einstweilige Verfügungen des Ehescheidungsgerichts über Unterhaltsrente und Prozeßkostenvorschuß. JW 1920, S. 1021 ff.

Bürck, G.: Nochmals zur Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes im Scheidungsprozeß JW 1900 S. 337 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 7/8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Bd. Immaterialgüterrecht—Familienrecht, Tübingen 1908; 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.

Davidson: Ehescheidung. Das Recht der — nach BGB. Berlin 1900.

Davidson: Muß der Ehemann nach BGB. der Frau im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß gewähren? D. J. Z. 1900 S. 160 ff.

Dengel: Kostenschuldenhaftung des Mannes in Prozessen der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Würzburger Masch. Diss. 1923.

Dehnow: Anmerkung zu einem Beschluß des KG in JW 32/1398. Nr. 3.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 4. Bd. Deutsches Familienrecht. Halle a. S. 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 2. Bd. 2. Abt. Familienrecht, Berlin 1908.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Marburg 1931. 13. Bearbeitung.

Erler: Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschl. der Nichtigkeitserklärung der Ehe im Deutschen Reich. 2. Aufl. Berlin 1900.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. August 1896. Herausgegeben von O. Fischer und W. v. Henle, 13. Aufl. München 1927.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1927.

Fleischmann: Der Kostenvorschuß der Frau im Ehescheidungsprozeß. Recht 1900 S. 151 ff.

Förster-Kann: ZPO. I. Bd. 3. Aufl. Berlin 1913. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1926.

Freudenthal, C. L.: Die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns gegenüber seiner Gattin in den gesetzlichen Güterständen des BGB. Diss. Rostock 1932.

Freudenthal, H.: ZPO. 4. Aufl. besorgt von Sauerländer, München 1926.
Fuzier, Hermann: Code civil annoté 1882.
Gierke: Deutsches Privatrecht. I. Bd. Leipzig 1895.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB. 3. Bd. 1. Abt. Familienrecht, Berlin 1914.
Fritze: Kr. V. J. Schr. 1901. Bd. 43 S. 328 ff (331).
Goldschmidt, James: Zivilprozeßrecht. Berlin 1932.
Grünwald: Die Stellung der Ehefrau im Zivilprozeß bei bestehender Verwaltungsgemeinschaft. Recht 1901. S. 60 ff.
Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. II. Teil, Leipzig 1919.
Herold: Die Vorschußpflicht des Ehemannes. GruchBeitr. Bd. 46. S. 843 ff.
Klien, G.: Ueber die Kostenvorschußpflicht des im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehemannes im Scheidungsprozesse und die Voraussetzungen zum Erlasse einer einstweiligen Verfügung. Sächs. Arch. Bd. 1 (1906) S. 421 ff.
Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Kommentar, 8. Aufl. III. Bd. Berlin und Leipzig 1884.
Kohler: Lehrbuch des BGB. III. Bd. Familienrecht. Berlin 1915.
Kuhlenbeck: Das BGB. für das Deutsche Reich. 2. Aufl. II. Bd. Berlin 1903.
Lehmann: Familienrecht des BGB. Berlin und Leipzig 1926.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. V. Bd. Familienrecht. Berlin 1929.
Marwitz: Muß der Ehemann der Ehefrau nach BGB. im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß gewähren? D. J. Z. 1900, S. 43 ff.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. Berlin 1914, 6. und 7. Aufl.
Meikel: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 65 S. 185 ff.
Meisner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, komment. von J. Meisner, 4. Buch. Familienrecht, Breslau 1905.
Meyerhoff, G.: Die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau im Ehescheidungsprozeß. JW 1900 S. 690 ff.
Mittelstein: Muß der Ehemann nach BGB. im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß gewähren? D. J. Z. 1900 S. 160.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Familienrecht, II. Aufl. Berlin 1896.
Müller: Anspruch einer Ehefrau gegen den Ehemann auf Leistung eines Prozeßkostenvorschusses und Pfändbarkeit dieses Anspruches. D. J. Z. 1913, S. 1438 ff.
Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Bd. 6. Aufl. Berlin 1912.
Neumiller: ZPO. für das Deutsche Reich. München 1903.
Opet u. W. Blume: Das Familienrecht, 1. Abschn. Bürgerl. Ehe. Erläutert von Opet. Berlin 1906.
Petersen, Remelé, Anger: Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. Lahr 1906.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Bd. Familienrecht, 4. Aufl. Berlin 1924.
Protokolle der Kommisson für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897. IV. Bd. Familienrecht.
Reichel: In Leipziger Zeitschrift. V. S. 406.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: IV. Bd. Familienrecht, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928. (Teil Eherecht, bearbeitet von Erler).
Rittmann-Wenz: Das deutsche Gerichtskostengesetz, Gebührenordnung für Rechtsanwälte, 14. Aufl. Mannheim, Berlin und Leipzig 1929.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berlin 1931.
Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 10. Aufl. Berlin 1923.
Sachs: Die Frage der einstweiligen Verfügungen auf Unterhaltsrente und Prozeßkostenvorschuß. JW. 1921 S. 731.
Schäfer, J.: Ueber einstweilige Verfügungen in Ehesachen. II. Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemannes. Bayr. Zeitschr. 1906 S. 91 ff.
Schäfer: Hanseat. Ger. Beibl. 1900, S. 55.
Schanze: Zur Lehre vom Alimentationsanspruch. Arch. ziv. Prax. 69/243.
Scherer: Familienrecht des BGB. für das Deutsche Reich, in: Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches. Erlangen 1899.
Schmidt: Familienrecht von A. B. Schmidt, J. W. Hedemann und A. Fuchs, 1. Abschn. Die bürgerliche Ehe, erl. von A. B. Schmidt. München 1907.
Schröder: Das eheliche Güterrecht nach BGB. 3. Aufl. Berlin 1900.
Seuffert-Walsmann: Komm. zur ZPO. 12. Aufl. München 1933.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Kommentar 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Staudinger, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Bd. 1. Teil: Recht der Schuldverhältnisse. 7/8. Aufl. erl. von Kuhlenbeck, München, Berlin 1912. 4. Bd. Familienrecht, 8. Aufl. 1927, erl. von Engelmann, herausgegeben von Keidel, München, Berlin, Leipzig.
Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 20. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930.
Sydow-Busch-Krantz: ZPO. 20. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930.
Tuhr, Andreas, v.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Leipzig 1910.
Ullmann: Güterrecht. Das gesetzliche eheliche in Deutschland, 2. Aufl. Berlin 1904.
Ullmann: Kostenvorschußpflicht des Ehemannes im Ehescheidungsprozesse, Archziv. Prax. Bd. 92/288 ff.
Walsmann: in ZZP. 1929 S. 366. (Bd. 54).
Warneyer: Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich. II. Bd. Tübingen 1927.
Wieruszowski: Handbuch des Eherechts. Bd. I Düsseldorf 1900.
Wieruszowski: Zur Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes im Scheidungsstreite. Recht 1900 S. 370 ff.
Wolff: Zuständigkeit des Prozeßgerichts, durch einstweilige Verfügung gemäß § 940 ff. ZPO anzuordnen, daß der auf Scheidung klagende Ehemann seiner Ehefrau deren Anwaltskosten vorzuschießen hat usw. Recht 1903, S. 76 ff.
Zachariae-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Freiburg 1895.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 19. Juni 1910 in Neumagen an der Mosel als Sohn des Weingutsbesitzers Carl Johanny und seiner Ehefrau Maria geb. Bockstanz.

Von Ostern 1916 bis Herbst 1921 besuchte ich die Volksschule in Neumagen. Anschließend besuchte ich bis Ostern 1922 die Rektoratschule in Bernkastel a. d. Mosel und von da ab bis Ostern 1929 das Aloisiuskolleg, Gymnasium, in Bad Godesberg, wo ich die Reifeprüfung am 11. Februar 1929 bestand. Ich studierte anschließend Rechtswissenschaft an den Universitäten Münster i. W. und München. Am 1. Juni 1933 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission beim Oberlandesgericht in Hamm. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst beim Oberlandesgericht in Köln.

Carl-Heinz Johanny.